LOHNVERWIRKUNG

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

Theodor Szymanski

Gerichtsreferendar aus Gelsenkirchen-Buer

Marburg 1932.

Buchdruckerei Richard Mayr, Würzburg.

Als Dissertation von der Rechts- und staats-
wissenschaftlichen Fakultät angenommen am
16. Juli 1931

Berichterstatter:
Geh. Justizrat Prof. Dr. Manigk.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554407_0097

Inhaltsverzeichnis.

Seite:

A. Einleitung 7

B. Hauptteil:

I. Die Lohnverwirkung durch „gegensätzliches Verhalten" 11

a) Die Verwirkung des Aufwertungsanspruchs . . . 12
1. Die Rechtsprechung 12
2. Die Literatur 17
b) Die Verwirkung des Tariflohnanspruchs durch „gegensätzliches Verhalten" 19
1. Die Lehre von der Verwirkung des Tariflohnanspruchs durch „gegensätzliches Verhalten" . . 19
2. Die Lehre von der „Rechtsverwirkung durch gegensätzliches Verhalten" 21
3. Der stillschweigende Verzicht auf den Tariflohn . 26
4. Der stillschweigende Verzicht auf den Tariflohn und die „Verwirkung des Tariflohnanspruchs durch gegensätzliches Verhalten" 33
5. Die Argumente gegen die Anwendung der Verwirkungslehre im Tarifrecht 37

II. Die Lohnverwirkung auf Grund der Lohnverwirkungsklausel 38
a) Inhalt, Fälle, Zulässigkeit und gesetzliche Beschränkungen der Lohnverwirkungsklausel 38
b) Die Lohnverwirkungsklausel und der Tarifvertrag . 42
c) Die Lohnverwirkungsklausel und die Lohnsicherungsbestimmungen 55

III. Die Lohnverwirkung im Prozeß 64
a) Die Lohnverwirkung durch „gegensätzliches Verhalten" 64
b) Die Lohnverwirkung auf Grund einer Lohnverwirkungsklausel 65

C. Schluß:

Die Lohnverwirkung im „Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes" 67

Literaturverzeichnis.

Baum: Das Recht des Arbeitsvertrages in der sozialistischen Republik, in JW. 1919 S. 71.

Bodmann: Beiträge zum Tarifrechte in „Arbeitsrecht" 1924 S. 99 ff.

Ditges: Die Lohnverwirkungsabrede in „Arbeitsrecht" 1925 S. 539.

Endemann: Die Verschweigung des Aufwertungsanspruchs in DJZ. 1928 S. 692.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 2. Abtl. Recht der Schuldverhältnisse (Enneccerus) 30.—34. Aufl. Marburg 1928.

Erdel: Tariflohnverzicht in „Schlichtungswesen" 1925 S. 17.

— Abermals die Nachwirkung der Tarifverträge. Schlichtungswesen 1925 Seite 162.

Gieseke: Besprechung von Nipperdey, „Beiträge zum Tarifrecht" bei Gruch. Beitr. Bd. 67 S. 214 ff.

Goerrig: Der Verzicht auf Tarifansprüche in „Schlichtungswesen" 1923 Seite 81.

Groh: Verzicht auf Tariflohn, in „Schlichtungswesen" 1925 S. 158.

Grub: Lohnverwirkung; Allgemeines in Kartei Kallee, Abtl. Arbeitsrecht, vom 20. 12. 1928, No. 270.

Heilfron: Praktische Aufwertungsfragen; Verwirkung, im Aufwertungsarchiv, 2. Teil, Aufwertungspraxis 1929 S. 4.

— Praktische Aufwertungsfragen (Verwirkung), im Aufwertungsarchiv, 2. Teil, Aufwertungspraxis 1929 S. 76.

— Praktische Aufwertungsfragen (Verjährung, Verwirkung und Verzicht) in DStZ. 1927 S. 1117.

— Praktische Aufwertungsfragen (Neue Entscheidungen zu Leistung — Annahme — Verwirkung) in DStZ. 1929 S. 45.

Herrmann: Die Verwirkung des Aufwertungsanspruchs in Z.f.d.freiw. Gerichtsbarkeit u. f. d. Gemeindeverwaltung in Württemberg, 71. Jg. 1929 S. 82 ff.

Hoche: Verwirkung des Aufwertungsanspruchs wegen verzögerter Geltendmachung, in DRZ 1927 S. 298 ff.

Hoeniger: Die Entlastung in DJZ. 1922 S. 143 ff.

— Nochmals zur Frage der verspäteten Nachforderung von Tariflohn in „Schlichtungswesen" 1922 S. 23.

— Nachforderung des Tariflohns nach Austritt und nach längerer vorbehaltloser Annahme eines niederen Lohnes in „Schlichtungswesen" 1921 S. 6.

Hoffmann: Die Reichsgewerbeordnung. 31.—32. Aufl. Berlin 1929.

Holiaender: Verwirkung des Aufwertungsanspruchs durch Nichtgeltendmachung? In Aufwertungsarchiv, 2. Teil, Aufwertungspraxis 1927 S. 285 ff.

Hueck: Das Recht des Tarifvertrags. Berlin 1920.

— Das Tarifrecht (Handbuch des Arbeitsrechts, 3. Buch). Stuttgart 1922.

Hueck-Nipperdey: Lehrbuch d. Arbeitsrechts. Bd. I (Hueck) 2. Aufl. Berlin 1928. Bd. II (Nipperdey) 1. Lieferung Berlin 1929, 2. Lieferung 1930.

Jacobi, Erwin: Grundlehren des Arbeitsrechts. Leipzig 1927.

Joerges: Arbeitsrechtliche Entscheidungen und Bescheide, insbesondere aus dem Gesamtarbeitsvertragsrecht und dem Schlichtungsrecht in „Schlichtungswesen" 1927 S. 23 ff.
Kaskel: Arbeitsrecht. 3. Aufl. Berlin 1928.
Koehne: Die Arbeitsordnungen im Deutschen Gewerberecht. Berlin 1901.
Kreller: Zum Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes in Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 125 S. 1 ff.
v. Landmannn: Kommentar zur Gewerbeordnung. 2. Bd. (v. Landmann und Rohmer). 7. Aufl. München 1925.
Lange: Verzicht auf Tariflohn in Neue Z. f. Arb. Recht. 1929. S. 162.
Lehmann, Heinr.: Die Enthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters der offenen Handelsgesllschaft von Verbindlichkeiten aus schwebenden Lieferunglverträgen, in Z. f. d. ges. H. R. Bd. 79, S. 57 ff.
Lotmar: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reichs. 1. Bd. Leipzig 1902.
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907.
— Irrtum und Auslegung. Berlin 1918. (J. u. A. zitiert).
Matthaei: Grundriß des Arbeitsrechts. Mannheim-Berlin-Leipzig 1921.
Molitor-Hueck-Riezler: Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, Berlin-Leipzig 1925.
Mügel: Das gesamte Aufwertungsrecht. Berlin 1926.
Mundry: Zur Lohnverwirkung nach § 134 Abs. 1 GO. in Neue Z. f. Arb. R. 1927. S. 211.
Naumann: Lohnverwirkung und Strafe in der Gewerbeordnung in Fischers Zeitschr. f. Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, Bd. 40, S. 211 ff.
Neukamp: Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich. Tübingen 1910.
Nipperdey: Beiträge zum Tarifrecht. Mannheim 1924.
— Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Tarifrecht (1919—1926) in: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Arbeitsrecht, Bd. 1 (1919—1926) S. 1 ff.
Oertmann: Deutsches Arbeitsvertragsrecht. Berlin 1923.
— Der Arbeitslohn. Bücherei des Arbeitsrechts. Bd. 16.
— Die Gesetzgebung über Lohn- und Gehaltsbeschlagnahme. Bücherei des Arbeitsrechts. Bd. 25.
— Recht der Schuldverhältnisse. 5. Aufl. 1. Abtl. Berlin 1928. 2. Abtl. Berlin 1929.
Philippe: Die Gefahren untertariflicher Bezahlung in Z. d. Anw. K. im OLGBez. Frankfurt, 2. Jahrg. 1929, S. 49.
Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Bd. 1. Hälfte. Allgem. Teil der Schuldverhältnisse (Siber). 4. Aufl. Berlin 1914. 2. Bd. 2. Hälfte. Besonderer Teil der Schuldverhältnisse. 4. Aufl. Berlin 1928.
Priebe: Der Verzicht auf den Tariflohn in DIZ. 1925 S. 662 ff.
Riezler: Vernire contra factum proprium. Leipzig 1912.
v. Rohrscheidt: Gewerbeordnung für das Deutsche Reich. 2. Aufl. 2. Bd. Berlin 1912.
Rundstein: Der Widerspruch mit dem eigenen Verhalten in der Theorie des französischen Privatrechts in Arch. f. d. bürg. Recht. Bd. 43, S. 319 ff.
Schüler: Lohnverwirkungsabrede. 1, 2 in Neue Arbeitsrechtskartei, Folge vom 1. 4. 1928.
Sigel: Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Stuttgart 1903.

Sinzheimer: Besprechung von Sitzlers Tarifvertragsrecht in JW. 1922. S. 564/65.
— Lohn und Aufrechnung. Berlin 1902.
— Grundzüge des Arbeitsrechts. 2. Aufl. Jena 1927.
Sitzler: Tarifvertragsrecht (2. Bd. v. „Das Neue Arbeitsrecht") Berlin 1921.
Sitzler-Goldschmidt: Tarifvertragsrecht. 2. Aufl. Berlin 1929.
Sontag: Die Einrede des Verzichts gegenüber Aufwertungsansprüchen in DStZ. 1927 S. 172.
— Die Einrede der Verwirkung im Aufwertungsrecht in Jur. Rundsch. und Höchstrichterl. Rechtspr. 1928. S. 80 ff.
— Zur Verwirkung bei der Aufwertung in Jur. Rundsch. und Höchstrichterl. Rechtspr. 1928, S. 123 ff.
Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12. bis 13. Aufl. Berlin und Leipzig 1926, 3. Bd.
v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. 2. Bd. 1. Teil. 9. Aufl. München und Berlin 1930.
Titze: Das kaufmännische Hilfspersonal in Ehrenbergs Handbuch des ges. H. R. 2. Bd. Leipzig 1918. 2. Kap.
— Besprechung von Riezler's, „Venire contra factum proprium" in Z. f. d. ges. H. R. Bd. 77, S. 240.
Walsmann: Der Verzicht. Leipzig 1912.
Warneyer: Die Lösung des Problems der rückwirkenden Aufwertung in DStZ. 1927 S. 649.
— Nochmals das Problem der rückwirkenden Aufwertung in DStZ. 1927, S. 1009.
— Verwirkung des Aufwertungsanspruchs infolge verspäteter Geltendmachung in DStZ. 1927. S. 1105.
— Verwirkung des Aufwertungsanspruchs infolge verspäteter Geltendmachung in DStZ. 1928, S. 354.
— Verjährung des Aufwertungsanspruchs in DStZ. 1928, S. 833.
— Der neueste Stand des Verwirkungsproblems in DStZ. 1929, S. 137/138.
Warneyer: Verwirkung des Aufwertungsanspruchs infolge verspäteter Geltendmachung in Aufw. Arch. 2. Teil. AufwPr. 1928, S. 89.
— Der gegenwärtige Stand des Verwirkungsproblems in Aufw. Arch. 2. Teil Aufw.Pr. 1928, S. 317.
Warneyer: Der neueste Stand des Verwirkungsproblems, in Aufw.Arch. 2. Teil, Aufw.Pr. 1929 S. 17.
Weiß: Zum Erlöschen des Aufwertungsanspruchs in Z. d. Anw. K. im OLGBez. Breslau. 40 Jahrg. 1928, S. 77.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 1. Bd. 9. Aufl. Frankfurt 1906.
Zeiler: Aufwertungsfälle vom Reichsgericht. Bd. 1, 2, 3, 4, 6 und 8.
— Verlust des Aufwertungsanspruchs durch Verzicht oder Verwirkung? in Aufw. Arch. 2. Teil Aufw.Pr. 1927, S. 240 ff.
— Zur Wiederaufrollung von vermeintlich erledigten Rechtsverhältnissen inDStZ. 1927, S. 1110.

A. Einleitung.

Lohnverwirkung ist der an den Eintritt eines bestimmten Tatbestandes geknüpfte, vollständige oder teilweise Untergang der Lohnforderung eines Arbeitnehmers[1]). Die Bezeichnung „Lohnverwirkung" ist also insofern nicht ganz zutreffend, als nicht der Lohn, d. h. die ihn darstellende Geldsumme, sondern der Anspruch darauf verwirkt werden kann.

Die Lohnverwirkung tritt, wenn ihre Voraussetzungen vorliegen, ipso iure unabhängig von dem Willen des von ihr betroffenen Arbeitnehmers ein, gegebenenfalls sogar gegen seinen Willen; sie ist auch nicht davon abhängig, ob dem zur Lohnzahlung verpflichteten Arbeitgeber ein Schaden entstanden ist und daher etwa gegen den Arbeitnehmer eine Gegenforderung zusteht[2]).

Nur der Anspruch auf „rückständigen" Lohn kann verwirkt werden; als „rückständig" in diesem Sinne ist nicht nur der Lohn anzusehen, der an früheren Fälligkeitsterminen nicht abgehoben worden ist, sondern auch derjenige, der bis zum Eintritt des Verwirkungstatbestandes schon verdient, wenn auch noch nicht fällig geworden ist[3]). Der Lohn kann also auch schon vor dem Zahltag „rückständig" sein. Die entgegenstehende Ansicht[4]), daß als „rückständig" nur der aus früheren, nicht auch der aus der laufenden Lohnperiode herrührende Lohn angesehen werden könne, würde eine Lohnverwirkung in den meisten Fällen unmöglich machen; denn es wird kaum einen Arbeitnehmer geben, der ohne besondere Veranlassung[5]) am Lohnzahlungstage seinen Lohn nicht einfordert, sondern stehen läßt.

Die Lohnverwirkung kann zunächst kraft gesetzlicher Bestimmung eintreten; das geltende Recht kennt jedoch nur einen Fall dieser Art: nach § 94 der Seemanns-Ordnung vom 2. Juni 1902 verliert der Schiffsmann in den Fällen des § 93 Abs. 2 und 3 (Verstöße

---

1) vgl. Hueck-Nipperdey Lehrbuch I S. 214.

2) vgl. Grub a. a. O.; Lotmar, Arbeitsvertrag S. 452; Schüler a.a.O.; Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung, S. 108 ff.

3) so v. Landmann zu § 134 S. 535; Lotmar S. 458; Naumann a. a. O.; Schüler a. a. O. Gewerbegericht (GG.) Frankfurt vom 17. 5. 02 in Gew.Arch. IV. S. 494 ff.

4) Koehne, Arb.O. S. 195.

5) Eine solche wird z. B. vorliegen, wenn etwa nach § 119a GO. aus den dort genannten Gründen, der Lohn einbehalten würde.

gegen die Pflicht zum Dienstantritt), wenn er vor Abgang des Schiffes weder zur Fortsetzung des Dienstes freiwillig zurückkehrt, noch zwangsweise zurückgebracht wird, den Anspruch auf die bis dahin verdiente Heuer. Ferner heißt es im § 129 Abs. 1 SeemO.: „Der Schiffsmann darf den Kapitän vor einem ausländischen Gerichte weder strafrechtlich noch zivilrechtlich belangen, sofern gegen ihn ein Gerichtsstand im Inlande begründet ist. Handelt er dieser Bestimmung zuwider, so ist er nicht allein für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich, sondern er wird außerdem der bis dahin verdienten Heuer verlustig".

Die Lohnverwirkung kann ferner nach einer neuerdings im Anschluß an die Lehre von der „Gebundenheit an das eigene Verhalten" entwickelten und vertretenen Ansicht durch „gegensätzliches Verhalten" auf Grund allgemeiner Rechtsgrundsätze eintreten.

Die Lohnverwirkung kann endlich eintreten auf Grund einer in den Tarifvertrag, die Arbeitsordnung oder den Einzelarbeitsvertrag aufgenommenen vertraglichen Vereinbarung in Form der sogenannten Lohnverwirkungsabrede oder Lohnverwirkungsklausel.

Ihrer wirtschaftlichen Zweckbestimmung nach[6]) soll die Lohnverwirkung, soweit sie auf „gegensätzlichem Verhalten" beruht, den Arbeitgeber vor verspäteten, nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte nicht mehr gerechtfertigten Tariflohnnachforderungen des Arbeitnehmers schützen; soweit die Lohnverwirkung dagegen auf Gesetz oder Vertrag beruht, soll sie eine Buße für den Arbeitnehmer oder eine Schadloshaltung des Arbeitgebers oder auch beides sein[7]).

Die Lohnverwirkung ist von ähnlichen Rechtsinstituten scharf zu trennen: Von der Aufrechnung unterscheidet sie sich einmal dadurch, daß eine Aufrechnung nur möglich ist, wenn dem Arbeitgeber eine entsprechende Gegenforderung gegen den Arbeitnehmer zusteht (§ 387 BGB). Die Lohnverwirkung aber tritt unabhängig von einer solchen Gegenforderung ein. Oft wird allerdings dann, wenn die Lohnverwirkung vereinbarungsgemäß als Folge einer Vertrasverletzung des Arbeitnehmers eintritt, für den Arbeitgeber gleichzeitig ein Schadenersatzanspruch bestehen; die Lohnverwirkung ist aber dadurch nicht bedingt, sie tritt vielmehr auch dann ein, wenn ein Schaden nicht entstanden ist. — Die Lohnverwirkung tritt ferner, sobald ihre Voraussetzungen gegeben sind, ipso iure ein; dagegen muß die Aufrechnung besonders erklärt werden (§ 388).

Von der Zurückbehaltung unterscheidet sich die Lohnverwirkung einmal dadurch, daß jene ebenso wie die Aufrechnung einen

6) die aber mit ihrem rechtlichen Charakter, insbesondere mit der Rechtsnatur der Lohnverwirkungsabrede, nichts zu tun hat.

7) vgl. Schüler a. a. O.

fälligen Gegenanspruch des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer voraussetzt (§ 273 BGB.); diese Voraussetzung besteht, wie schon erwähnt, bei der Lohnverwirkung nicht. Ferner beruht die Zurückbehaltung auf Gesetz (§ 273 BGB.), während die Lohnverwirkung nur in einem einzigen Falle gesetzlich geregelt ist, im übrigen aber entweder aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder aus Vertrag hergeleitet wird. Endlich bleibt bei der Zurückbehaltung gemäß § 273 BGB. der Anspruch, bezüglich dessen von dem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch gemacht wird, bestehen, nur seine Erfüllung wird einstweilen verweigert; dagegen geht bei der Lohnverwirkung der verwirkte Anspruch endgültig unter[8]).

Von der Lohnverwirkung ist ferner die Einbehaltung des Lohnes zu unterscheiden. Von letzterer spricht man, wenn nach einer zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer getroffenen Vereinbarung am Lohnzahlungstage der an sich auszuzahlende Lohn oder ein Teil davon nicht ausgezahlt, sondern vom Arbeitgeber verwahrt oder verwendet wird, entweder im Interesse des Arbeitnehmers zu Sparzwecken oder des Arbeitgebers zu Kautionszwecken[9]). Im weiteren Sinne werden auch vielfach andere Abzüge vom Lohn als Lohneinbehaltung bezeichnet[10]); hier handelt es sich aber nur um die Einbehaltung in dem genannten engeren Sinne. Der grundlegende Unterschied zwischen der Einbehaltung und der Verwirkung des Lohnes besteht darin, daß bei jener, ähnlich wie bei der Zurückbehaltung, der einbehaltene Lohnbetrag dem Arbeitnehmer wirtschaftlich und rechtlich verbleibt und lediglich die Verfügungsfreiheit darüber dem Arbeitnehmer entzogen wird[11]). Bei der Lohnverwirkung dagegen verliert der Arbeitnehmer jeden Anspruch auf den verwirkten Betrag.

Von der Lohnverwirkung ist weiter die Anrechnung auf den Lohn zu unterscheiden. Letztere liegt vor, wenn der Arbeitgeber berechtigt ist, „andere von ihm oder Dritten dem Arbeitnehmer gewährte oder als gewährt unterstellte Leistungen" wie Lohnzahlungen zu behandeln und den an den Arbeitnehmer auszuzahlenden Lohn um diese Leistungen zu kürzen[12]). Eine Befugnis, im Wege der Anrechnung den Lohn des Arbeitnehmers zu kürzen, besteht für den Arbeitgeber einmal bezüglich der Leistungen der Sozialversicherung[13]), ferner bezüglich der Kosten einer vom Arbeitgeber ge-

---

8) vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch I S. 211 ff.
9) vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch I S. 213; Kaskel S. 147/148.
10) vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch I S. 213 Anm. 42; Oertmann, Arbeitslohn, S. 129.
11) vgl. Kaskel a. a. O.
12) vgl. Kaskel a. a. O. S. 144 ff.
13) §§ 616 BGB., 133 c Abs. 2 GO., § 436 RVO.

währten Krankenfürsorge[14]), sodann bezüglich bestimmter Leistungen der Erwerbslosen- oder Armenfürsorge[15]), endlich bezüglich eines sonstigen, neben dem ursprünglichen Lohn verdienten oder böswillig nicht verdienten Lohnes[16]). Die Anrechnung des Lohnes setzt also immer bestimmte Leistungen voraus, die seitens des Arbeitgebers oder eines Dritten an den Arbeitnehmer oder für ihn bewirkt worden sind; das ist bei der Lohnverwirkung nicht der Fall. Ferner geht bei der Anrechnung die Lohnforderung nicht ohne weiteres in Höhe des Anrechnungsbetrages unter; vielmehr sind die angerechneten Beträge als Erfüllung des an sich bestehenden Lohnanspruchs anzusehen. Dagegen geht bei der Lohnverwirkung die Lohnforderung in Höhe des verwirkten Betrages unter.

Vom Erlaß endlich unterscheidet sich die Lohnverwirkung[17]) dadurch, daß der Erlaß einen Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner erfordert (§ 397 BGB.); die Lohnverwirkung dagegen tritt, wenn ihre Voraussetzungen vorliegen, selbsttätig und unabhängig von den Erklärungen der Beteiligten ein.

---

14) § 617 BGB.

15) § 88 BRG.; diese Bestimmung muß nach § 113 AVAVG. sinngemäß auf die Leistungen der Arbeitslosenversicherung übertragen werden; siehe Kaskel S. 145.

16) §§ 324, 615 BGB.; 74 Abs. 2, 74 b, 74 c HGB. 87, 89, 96 Abs. 4 BRG.

17) Hier ist nicht die Lohnverwirkungsklausel, welche Voraussetzung der Lohnverwirkung sein kann, gemeint, sondern die Lohnverwirkung selbst.

B. Hauptteil.

I. Die Lohnverwirkung durch „gegensätzliches Verhalten".

Die Lohnverwirkung durch „gegensätzliches Verhalten" verdankt ihre Anerkennung dem praktischen Bedürfnis, Tariflohnnachforderungen von Arbeitnehmern, die zunächst längere Zeit zu untertariflichem Lohn gearbeitet und auch den untertariflichen Lohn jeweils vorbehaltlos angenommen haben, dann aber die Differenz zwischen dem tatsächlich erhaltenen und dem tariflich festgelegten Lohn nachfordern, wegen der durch plötzliche und unvermutete Tariflohnnachforderungen herbeigeführten Rechtsunsicherheit und Gefährdung des Arbeitgebers nach Möglichkeit zu beschränken oder ganz auszuschließen. Die Verkehrssicherheit und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers können in der Tat unter solchen Umständen eine Einschränkung des Tariflohnanspruchs des Arbeitnehmers angebracht erscheinen lassen. — Kraft positiver gesetzlicher Regelung ist die Nachforderung tariflichen Lohnes bisher nur für einen Sonderfall ausgeschlossen: nach § 37 Abs. 4 Hausarb. Ges., können nämlich Ansprüche auf Nachzahlung des Minderbetrages (Abs. 1 Satz 2) nur geltend gemacht werden, wenn seit der Annahme des Entgelts nicht mehr als vier Wochen verflossen sind[1]).

Das gleiche, durch Rücksichten auf die Verkehrssicherheit und die überwiegenden Interessen eines der Beteiligten geleitete Bestreben der Rechtsprechung, an sich entstandene und bestehende Ansprüche zu beschränken oder zu beseitigen, ohne daß man sich auf bestimmte gesetzliche Vorschriften stützen könnte, findet sich im Aufwertungsrecht bei der vom Reichsgericht geschaffenen und entwickelten „Verwirkung des Aufwertungsanspruchs"; letztere ist im Gebiet der freien Aufwertung das geworden, was die Lohnverwirkung durch „gegensätzliches Verhalten" im Tarifrecht zu werden noch anstrebt. Bevor auf die Lohnverwirkung durch „gegensätzliches Verhalten" eingegangen wird, soll im folgenden aus methodischen Gründen zunächst von der Verwirkung des Aufwertungsanspruchs die Rede sein.

1) Giesecke: (Gruch. N. F. Bd. 4 S. 214 ff.) empfiehlt de lege ferenda eine allgemeine Regelung dieser Art.

a) Die Verwirkung des Aufwertungsanspruchs.

Bei den Aufwertungsfällen außerhalb des Aufwertungsgesetzes vom 16. Juli 1925 war die Rechtsprechung hinsichtlich der nicht als Vermögensanlage anzusehenden Ansprüche (§ 63 Abs. 2 und 3 Aufw. Ges.) an einen Schlußpunkt für die Zulassung der sogenannten Rückwirkung, d. h. der Wiederaufrollung der durch Papiermarkzahlung formal erledigt gewesenen Forderungen, nicht gebunden. Mangels eines solchen Schlußpunktes, wie er im § 15 Aufw. Ges. durch Feststellung des 15. 6. 1922 als Beginnes der Rückwirkungszeit bestimmt ist, hätte die Rückwirkung ins Uferlose ausgedehnt werden können. Dem mußte Einhalt geboten werden; das geschah mittels der vom Reichsgericht geschaffenen „Verwirkung des Aufwertungsanspruchs": „Der Rückwirkung trat als Neutralisierungsumstand die Verwirkung an die Seite"[2]).

1. Die Rechtsprechung.

Das Reichsgericht ging bei der Prägung der Verwirkung des Aufwertungsanspruchs von folgenden Erwägungen aus:

Es würde unbillig sein, wenn in Fällen, in denen schon vor langer Zeit Zahlungen geleistet sind, und in denen beide Parteien sich wirtschaftlich darauf eingestellt haben, daß das betreffende Rechtsgeschäft längst erledigt ist, weil niemand bei Vertragsabschluß und Zahlung an eine Aufwertung dachte, und in denen ein Zurückgreifen darauf, daß die geleistete Zahlung den Aufwertungsbetrag nicht erreichte, den Schuldner jetzt schwer belasten und dem Gläubiger einen unerwarteten Vorteil bringen würde, nach Jahren noch ein Aufwertungsanspruch geltend gemacht werden könnte. Hier können die Belange des Aufwertungsschuldners den Anschluß oder wenigstens die Beschränkung eines nachträglichen Aufwertungsverlangens als begründet erscheinen lassen, da ein plötzliches Neuerstehen der alten Schuld für den Schuldner zu unbilligen Härten führen würde[3]).

Ferner läßt das Interesse der Verkehrssicherheit, insbesondere bei Geschäften des kaufmännischen Umsatzes und des täglichen Wirtschaftslebens, die schon vor Jahren abgeschlossen sind, eine Wiederaufrollung und die damit verbundene evtl. Aenderung der vor langer Zeit geschaffenen Rechtslage unerwünscht erscheinen, wenn nicht ein zwingender Grund dafür vorliegt[4]). Wollte man

2) Heilfron im Aufw. Arch. 2. Teil, Aufw. Pr. 4. Jahrg. S. 76 und DStZ 1929 S. 46/47.

3) vgl. hierzu Mügel S. 128/29; RGZ. 116, 312; RG in Konk. u. Treuhandwesen 1929 S. 104; Weiß a. a. O.

4) vgl. RGZ. 114, 404; 118, 378; RG in JW 1929 S. 34 und bei Zeiler VIII Nr. 1743.

insbesondere Gläubigern solcher Ansprüche, die der 30jährigen Verjährungsfrist unterliegen, das Recht zubilligen, mit der Geltendmachung ihrer Aufwertungsansprüche bis kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist, also etwa bis 1947 und länger, zu warten, so würde das einen unerträglichen Zustand der Rechtsunsicherheit und der Bedrohung des Rechtsfriedens bedeuten[5]).

Die Aufwertung gewährt dem Gläubiger einen außergewöhnlichen Rechtsbehelf, dessen Ausübung zeitlich begrenzt sein muß. Gegen diese Bindung verstößt der Aufwertungsgläubiger dann, wenn er, obwohl nach dem Stande der Rechtsprechung für ihn kein Hindernis bestand, seinen Aufwertungsanspruch zu verfolgen, dessen Geltendmachung unverhältnismäßig lange aufgeschoben und den Schuldner in den Glauben versetzt hat, er werde von der Erhebung eines Aufwertungsanspruchs absehen[6]).

Der Versuch, einer zu weitgehenden Rückwirkung dadurch entgegenzutreten, daß die widerspruchslose Annahme des Papiermarkbetrages durch den Gläubiger als Verzicht des letzteren auf seinen Aufwertungsanspruch angesehen wird, kann nicht zum Ziele führen, denn verzichten kann man nur auf ein Recht, das zu haben man sich bewußt ist; im allgemeinen aber konnte der Gläubiger bei Annahme der Papiermarkzahlung nicht wissen, daß ihm später einmal ein Aufwertungsanspruch zustehen werde. Auch kommt ein Verzicht nur durch Vertrag zustande (§ 397 BGB.), also durch Erklärung auf der einen und deren Annahme auf der anderen Seite; die vorbehaltlose Annahme des Papiermarkbetrages allein ist kein solcher Vertrag. Das Reichsgericht hat in einmütiger Rechtsprechung den Satz aufgestellt, daß vorbehaltlose Annahme der Papiermarkzahlung allein einen Verzicht noch nicht begründe, also auch nicht zum Verlust des Aufwertungsanspruchs führe; es müsse vielmehr zu der einfachen Annahme der Zahlung noch eine besondere Abmachung hinzutreten, die einen Verzicht ergebe. Eine solche brauche nicht ausdrücklich zu sein; es müßten aber besondere Umstände auf einen Verzichtswillen des Gläubigers schließen lassen, z. B. die Tatsache, daß der Gläubiger trotz sicherer Kenntnis von seinem Aufwertungsrecht längere Zeit untätig geblieben ist[7]).

Demgegenüber schaffte aus allen Unzuträglichkeiten einer zu umfassenden Rückwirkung auf dem Gebiet der freien Aufwertung

---

5) vgl. Warneyer, DStZ. 1928 S. 833 ff.

6) vgl. hierzu RGZ. 117, 359. RG in Rechtspr. in Aufw.Sachen 1929 Seite 180 ff.

7) s. RGZ. 109, 111 ff.; 109, 195 ff.; 110, 127 ff.; 116, 316 ff.; 117, 201 ff.; RG in JW 1928 S. 2635 ff. und 3041; RG in Warn. Rechtspr. 27 S. 227/28 Nr. 130; bei Zeiler Bd. I, 43, 47, 233, 235, 237 247; Bd. II 493, Bd. III 615, 650; Bd. IV. 879, 880; Bd. VI., 1212; in DRZ. 1927 Nr. 355 und 452; vgl. auch Sontag in DStZ. 1927, S. 172 ff.

die Verwirkung, im Gegensatz zu der Verzichtsfiktion, einen befriedigenden Ausweg. Ihr Grundgedanke ist der, daß Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte eine Einschränkung oder völlige Beseitigung des Aufwertungsanspruchs als angebracht erscheinen lassen können. Sie fußt auf dem auch der älteren Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht fremden Gedanken, daß die Geltendmachung eines Anspruchs nicht mehr zugelassen werden kann, wenn darin ein mit den Anforderungen von Treu und Glauben unvereinbares, illoyales Verhalten zu erblicken ist[8]).

Die gesetzliche Grundlage dieser Verwirkung des Aufwertungsanspruchs ist § 242 BGB. Dieselbe Rechtsgrundlage also, auf die die Aufwertung überhaupt gestützt werden konnte, hat zugleich einen Weg gewiesen, um den Unzuträglichkeiten, die sich aus der Aufwertung ergeben, entgegenzutreten. Wenn der Gläubiger sich auf Treu und Glauben berufen kann, um seinen Aufwertungsanspruch zu begründen, so muß er sich andererseits auch gefallen lassen, daß aus Billigkeit gegen den Schuldner der Anspruch eingeschränkt oder beseitigt wird. Das Reichsgericht hat in der „Verwirkung des Aufwertungsanspruchs" nicht etwa ein neues Rechtsinstitut geschaffen, sondern die Verwirkung bewegt sich, da sie auf § 242 BGB. aufgebaut ist, im Rahmen der geltenden Rechtsordnung[9]). Man erkannte, daß „Treu und Glauben" ein Prinzip enthält, das dem Schuldner ebenso zu Gute kommen müsse, wie dem Gläubiger.

Bei der Prüfung, ob eine gänzliche oder teilweise Verwirkung des Aufwertungsanspruchs im einzelnen Falle anzunehmen ist oder nicht, sind die gesamten Umstände des Einzelfalles heranzuziehen; unter Abwägung der Interessen beider Teile muß ein billiger Ausgleich herbeigeführt werden[10]). Daher ist nicht etwa nur zu berücksichtigen, ob in der erneuten Aufrollung eines anscheinend längst erledigten Rechtsgeschäfts für den Schuldner eine Härte liegen würde; demgegenüber ist gegebenenfalls dem Gläubiger zugute zu halten, daß seit Annahme der Papiermarkzahlung oft Jahre verflossen sind, ehe dem Gläubiger nach dem Stande der Rechtsprechung die Geltendmachung seines Aufwertungsanspruches zugemutet werden konnte. Auch die Art des Rechtsgeschäfts ist zu berücksichtigen: Geschäfte des kaufmännischen Umsatzes und des täglichen Wirtschaftslebens erheischen eine

8) s. RG. 60, 348; 88, 146 und 262/31; 91, 347; 107, 106 ff.; 117, 358 ff. vgl. RG. in Hochstr. Rspr. 29 Nr. 1562.

9) vgl. Mügel S. 128/29; RG in Rechtspr. in Aufw.Sachen III S. 398 und 1067; RG in JW 1929 S. 1875 und 1741; bei Zeiler IV 1004; VI 1165; RGZ 110, 133; 116, 317.

10) s. RG. in Rspr. in Aufw.Sachen III, 398, 1067; RGZ 114, 403; 116, 317/18; 117, 360; 118, 375 ff.; 119, 231 ff.; RG in DJZ. Beil. 29 S. 1476/77; in JW. 1929 S. 1741; bei Zeiler III, 615, VI 1212 und 1230; V, 1097.

schnellere Erledigung als die sonstigen, sog. „lebenswichtigen" Geschäfte; bei letzteren ist dem Gläubiger eine längere Ueberlegungszeit bezüglich der Geltendmachung seines Aufwertungsbegehrens zuzubilligen als bei ersteren[11]). Auch die persönlichen Verhältnisse der Beteiligten sind von Erheblichkeit; so wird man von einem Großhändler ein anderes Verhalten erwarten müssen als von jemand, der mit den Gepflogenheiten des Wirtschaftslebens nicht in gleichem Maße vertraut ist[12]). Es läßt sich aber auch eine Verwirkung des Aufwertungsanspruchs nicht allein schon damit begründen, daß der Gläubiger lange oder sogar unverhältnismäßig lange mit der Geltendmachung gezögert hat[13]). Stets müssen die gesamten Umstände des Falles herangezogen werden; ob etwa der Schuldner trotz langen Schweigens des Gläubigers mit dem Bestehen eines Aufwertungsanspruchs rechnete, oder ob der Gläubiger trotz genauer Kenntnis vom Bestehen seines Anspruchs diesen nicht geltend gemacht hat[14]).

Ein bestimmter Zeitpunkt, an dem die rückwirkende Aufwertung ihre Grenze findet, läßt sich aus dem Gesichtspunkt der Verwirkung allgemein für die freie Aufwertung nicht herleiten, weil eben die Verwirkung auf § 242 BGB. beruht, wonach eine Entscheidung immer nur nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles zu erfolgen hat. Indessen hat das Reichsgericht in nach und nach einheitlicher Rechtsprechung den 15.August 1922 als Stichtag dahin festgestellt, daß aus Geschäften des kaufmännischen Umsatzes und des täglichen Wirtschaftslebens, bei denen die Papiermarkzahlung bereits vor diesem Zeitpunkt erfolgt sei, eine Aufwertung nicht mehr verlangt werden könne. Bis dahin habe nämlich, so sagt das Reichsgericht, im allgemeinen Verkehr noch der Grundsatz „Mark gleich Mark" geherrscht, und sei die Mark noch allgemeiner Wertmesser gewesen; erst mit dem um diese Zeit einsetzenden katastrophalen Verfall der deutschen Währung habe sich dies subjektiv und objektiv geändert. Jener Stichtag gilt aber nicht für die „lebenswichtigen", d.h. solche Geschäfte, die nicht Geschäfte des kaufmännischen Umsatzes und des täglichen Wirtschaftslebens sind. Hier bleibt die Frage einer Verwirkung des Aufwertungsanspruchs allgemein nach § 242 BGB. zu prüfen. — Das grundlegende Urteil für die Festlegung des 15. August 1922 wurde das des zweiten Senats vom 18.2.1927 (RGZ 115, 201 ff. und JW

11) RGZ 114, 404; RG in JW 1927, 1148; 1928, 2635; RGZ 119, 231 ff. RG in DJZ. Beil. 29 S. 1476/77; bei Zeiler VI, 1271 und 1304; auch OLG München in JW 1928 S. 1835.

12) s. RG. bei Zeiler V 1097, in DRZ. 1927 Nr. 355; vgl. JW 1928, 485 ff.

13) s. RG. in JW. 1928, 3041 ff.; 1929, 1741; in Rspr. in Aufw.Sachen III, 398 und 1067.

14) s. RG bei Zeiler I, 235a; in Konk. und Treuhandw. III, 104 bei Warn. 27 S. 185 und S. 228/29.

1927, 1084): Während bis dahin bezüglich der Zulassung oder Nichtzulassung eines Stichtags Unklarheit in der Rechtsprechung der einzelnen Senate geherrscht hatte[15]), haben sich seit diesem Urteil alle Senate, soweit sie mit der Entscheidung von Aufwertungssachen befaßt waren, nach und nach auf den Standpunkt des zweiten Senats gestellt[16]). Es besteht also nunmehr Einhelligkeit in der Rechtsprechung des Reichsgerichts dahin, daß auch auf dem Gebiete der freien Aufwertung, soweit es sich um Geschäfte des kaufmännischen Umsatzes oder des täglichen Wirtschaftslebens handelt, ein Stichtag für die rückwirkende Aufwertung gilt, nämlich der 15. August 1922; soweit es sich aber um andere, sog. „lebenswichtige" Geschäfte handelt, ist die Frage einer Verwirkung des Aufwertungsanspruchs unabhängig von einem Stichtag auf Grund aller Umstände des einzelnen Falles zu prüfen.

Diese Feststellung des 15. August 1922 als Grenze für die rückwirkende Aufwertung aus gewöhnlichen Geschäften hat noch in einem anderen Punkte, der für die Annahme einer etwaigen Verwirkung des Aufwertungsanspruchs von erheblicher Bedeutung ist, zu einer Unterscheidung in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung geführt; nämlich in der Frage, wann in der Rechtsprechung eine hinreichende Klärung erfolgt ist dahin, daß dem Gläubiger, trotzdem er seinerzeit die Papiermarkzahlung des Schuldners ohne Vorbehalt angenommen hatte, ein Aufwertungsanspruch zustehe. Die Frage ist gleichbedeutend mit derjenigen, wann dem Gläubiger die Geltendmachung seines Aufwertungsanspruchs zugemutet werden konnte, und ihre Bedeutung für eine etwaige Verwirkung des Aufwertungsanspruchs liegt darin, daß es neben anderen Momenten von ihrer Entscheidung abhängt, ob man im einzelnen Falle die Geltendmachung des Aufwertungsanspruchs als in unzulässiger, mit Treu und Glauben nicht zu vereinbarender Weise verzögert ansehen muß. Ist letzteres der Fall, so kann — natürlich unter Berücksichtigung auch der sonstigen Umstände des Falles — der Aufwertungsanspruch als verwirkt anzusehen sein. — Bezüglich derjenigen Fälle, in denen die Papiermarkzahlung erst nach dem 15. August 1922 erfolgte, besteht schon seit etwa den Jahren 1924/25 Klarheit in der Frage der rückwirkenden Aufwertung[17]). In diesen Fällen würde also eine erst 1926 oder noch später erhobene Aufwertungsklage als

15) s. RGZ 113, 136 (2. Sen.); 114, 404 ff. (5. Sen.); 115, 198 ff. (2. Sen.); vgl. auch JW 1927 S. 660 und 974 ff.

16) s. RGZ 116, 306 ff. (1. Sen.); 118, 375 ff. (1. Sen.); vgl. auch RG bei Warn. 1927 S. 190 ff. und in DRZ. 1927 No. 355; vgl. auch Warneyer in DStZ. 1927 S. 1009 ff.

17) s. RGZ 116, 316; 117, 211 ff. und 361 ff.; 118, 66; 120, 359; RG in Höchstr. Rspr. 29 No. 898; in JW 1929, 1741 und 1875; in Seuff. Arch. 82, 103 ff. No. 60; bei Zeiler I, 47; 242; 233; 247; 248; III, 615; vgl. auch Sontag in DStZ. 1927 S. 183.

unzulässig verzögert anzusehen sein. Dagegen ist bezüglich der vor dem 15. August 1922 geleisteten Zahlungen erst durch das schon erwähnte Urteil des zweiten Senats vom 18. 2. 1927 in der Frage der rückwirkenden Aufwertung Klarheit geschaffen worden[18]). In diesen Fällen kann also vor Mitte 1927 etwa von einer unzulässigen Verzögerung der Aufwertungsklage nicht gesprochen werden; denn erst das Urteil vom 18.2. 1927 hat Klarheit darüber geschaffen, daß rückwirkende Aufwertung auch bezüglich solcher Zahlungen verlangt werden könne — soweit sie nicht Geschäfte des kaufmännischen Umsatzes oder des täglichen Wirtschaftslebens betreffen —, die vor dem 15.August 1922 erfolgt waren. Diese Unterscheidung zwischen vor und nach dem 15.August 1922 erfolgten Papiermarkzahlungen führt dann zu dem scheinbaren Widerspruch, daß ein Aufwertungsanspruch, der 1926 erhoben wird, verwirkt sein kann, während ein anderer, erst viel später erhobener, nicht verwirkt zu sein braucht[19]).

Abschließend ist zu der Rechtsprechung des Reichsgerichts in der Frage der Verwirkung des Aufwertungsanspruchs folgendes zu sagen: Da § 242 BGB. als Rechtsgrundlage dient[20]) und die Entscheidung auf Grund der Umstände des Einzelfalles zu erfolgen hat, entsteht eine gewisse Unsicherheit und es fehlen allgemeine Richtlinien[21]). Ein erheblicher Vorteil liegt demgegenüber darin, daß der Richter, ohne an feste Bestimmungen, insbesondere Kalendertage, gebunden zu sein, nach den Erfordernissen der Billigkeit abwägen kann, ob eine Verwirkung eingetreten ist oder nicht[22]).

2. Die Literatur.

In der Rechtslehre hat die Verwirkungsrechtsprechung des Reichsgerichts im Aufwertungsrecht ein lebhaftes Echo gefunden; die Stimmen sind zwar für und wider geteilt, doch überwiegen diejenigen, die dem Reichsgericht folgen; es sind vor allem Heilfron[23]), Warneyer[24]), Endemann[25]), Mügel[26]), Abra-

18) s. RG in JW 1928 S. 3041; bei Warn. 28, 330 No. 165; auch OLG Stuttgart in RSpr. in Aufw. Sachen IV, 180.

19) Vgl. hierzu Heilfron in Aufw. Arch. 2. Teil Aufw. Pr. IV S. 76 ff.; Warneyer, ebenda, S. 17.

20) Heilfron (DStZ. 1929 S. 46/47) nennt den § 242 BGB. in diesem Zusammenhange eine „Kautschukbestimmung" erster Klasse.

21) Die Festsetzung des 15. Aug. 1922 als Stichtag für alltägliche Geschäfte, und die Trennung zwischen vor und nach diesem Tage erfolgten Zahlungen kann man kaum als solche ansehen.

22) Vgl. Mügel S. 128/29; Heilfron spricht in Aufw. Arch. 2 Teil Aufw. Pr. IV S. 76 von einer „crux iuris consultorum".

23) Heilfron, DStZ. 1927, 1117 ff.; 1929, 46/47, Aufw. Arch. 2. Teil, Aufw. Pr. 1929, 4 ff. und S. 76 ff.

24) Warneyer, DStZ. 1927, S. 649 ff.; 1009 ff.; 1105 ff.; 1928 S. 354 ff.; 833 ff.; 1929 S. 137/38. Aufw. Arch. 2. Teil Aufw. Pr. 1928 S. 89 ff. und 317 ff.; 1929 S. 17 ff.

25) DJZ. 1928 S. 692 ff.

26) Anm. zu JW. 1927 S. 2915.

ham[27]), Hollaender[28]), Quassowski[29]), Sobernheim[30]), Stoll[31]) und Weiß[32]). — Demgegenüber lehnen Jacoby[33]), Lenz[34]) und Zeiler[35]) die Brauchbarkeit des Begriffs der Verwirkung des Aufwertungsanspruchs ab, weil er wegen des Fehlens fester Gesichtspunkte bedenkliche Rechtsunsicherheit schaffe; Hoche[36]) meint, daß Rechte durch Nichtgebrauch nur bei Ablauf der Verjährungsfrist und Nichtbenutzung von Ausschlußfristen erlöschen; Roth[37]) begründet seine Ablehnung damit, daß der mit der Geltendmachung seines Aufwertungsbegehrens zögernde Gläubiger nicht wider Treu und Glauben handele, außer wenn die Aufwertung dem Schuldner einen unersetzlichen Nachteil bringe. v. d. Trenck[38]) lehnt die Verwirkung als besonderen Begriff ab und hält sie für unnötig, da die Annahme genüge, daß für Bestehen und Höhe des Aufwertungsanspruchs die Zeit des Urteils maßgebend sei; auch sieht er in der Verwirkung keine Förderung der Rechtssicherheit. In eingehenderer Darlegung will Sontag[39]) die absolute Unanwendbarkeit der Verwirkung im Aufwertungsrecht begründen. Er sagt im wesentlichen:

1. Es kann nicht darauf abgestellt werden, wann in der Rechtsprechung eine Klärung bezüglich der Aufwertungsansprüche erfolgt ist; denn die Entscheidung der einzelnen Senate differieren hinsichtlich des Zeitpunktes sehr.

2. Es kann auch nicht darauf abgestellt werden, wann die Klage erhoben wird, ob 1925, 1926 oder 1927; solange keine bestimmte Frist vorgeschrieben ist, kann der Gläubiger mit der Geltendmachung seines Anspruchs beliebig lange warten;

3. es fehlt an einer gesetzlichen Grundlage für die Verwirkung; denn § 242 BGB. kann nicht herangezogen werden, da der Gläubiger, der nur mit der Geltendmachung seines Aufwertungsanspruchs wartet und sich schweigend verhält, nicht gegen Treu und Glauben verstößt. Auch der Gläubiger eines Darlehns kann 29 Jahre lang mit der Rückforderung warten; ferner kann § 242 BGB., der den Aufwertungsanspruch doch erzeugt, ihn nicht wieder zum Verschwinden bringen.

---

27) Anm. zu JW. 1929 S. 34.
28) Aufw. Arch. 2. Teil Aufw. Pr. 1927 S. 285.
29) Anm. zu JW. 1928 S. 3041.
30) Anm. zu JW. 1929 S. 664.
31) Anm. zu JW. 1929 S. 1001. und zu JW 1929 S. 1875.
32) a. a. O.
33) Anm. zu JW. 1929 S. 1388.
34) DJZ. 1928 S. 1188—90.
35) DStZ. 1927 S. 1110 ff.
36) DRZ. 1927 S. 298 ff.
37) JW. 1928 S. 1335 ff.
38) Anm. zu JW. 1928 S. 485 ff. und 1929 S. 1140 ff.
39) DJZ. 1928 S. 868/69 und Jur. Rdsch. 1928 S. 80 ff.

Zu 1): Auf die Unterschiede in den Entscheidungen, wann eine Klärung bezgl. des Aufwertungsanspruchs in der Rechtsprechung des Reichsgerichts erfolgt ist, ist bereits oben eingegangen, und dargetan, daß tatsächlich keine erheblichen Abweichungen in der Rechtsprechung der einzelnen Senate bestehen, sondern daß der scheinbare Widerspruch in der Rechtsprechung, daß ein 1926 erhobener Anspruch verwirkt sein kann, und daß ein erst 1927 oder später erhobener nicht verwirkt zu sein braucht, auf der Unterscheidung zwischen vor und nach dem 15. August 1922 erfolgten Papiermarkzahlungen beruht.

Zu 2) und 3): Die Eigenart der Aufwertung als außergewöhnlicher Rechtsbehelf (siehe oben) legt dem Gläubiger die Pflicht auf, sich dieses Rechtsbehelfs auch alsbald zu bedienen. Denn es würde (vgl. das S. 12/13 Gesagte) weder mit Treu und Glauben, noch mit den Erfordernissen der Rechts- und Verkehrssicherheit vereinbar sein, wenn der Gläubiger nach Belieben die Geltendmachung seines Aufwertungsbegehrens — im Rahmen der jeweils geltenden Verjährungsfrist — hinausschieben könnte, während der Schuldner sich längst darauf eingestellt hat, daß das betreffende Rechtsgeschäft erledigt ist.

b) Die Verwirkung des Tariflohnanspruchs durch „gegensätzliches Verhalten".

Während die Verwirkung des Aufwertungsanspruchs ihre Anerkennung und weitere Entwicklung der Rechtsprechung verdankt, gab im Tarifrecht die Rechtslehre den Anstoß zur Prägung des Begriffs der „Verwirkung des Tariflohnanspruchs durch gegensätzliches Verhalten" auf Grund der §§ 157, 242 BGB.

1. Die Lehre von der Verwirkung des Tariflohnanspruchs durch „gegensätzliches Verhalten".

Die Anhänger der Lehre von der Verwirkung des Tariflohnanspruchs durch „gegensätzliches Verhalten" gehen von folgenden Erwägungen aus[40]):

1. Der Arbeitnehmer, der längere Zeit hindurch einen niedrigeren als den Tariflohn widerspruchslos angenommen hat, obwohl er den höheren Tariflohn kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte, kann mit einer Nachforderung des Restbetrages zum vollen Tariflohn nach längerer Zeit nicht mehr gehört werden: er hat seinen Anspruch verwirkt. Seine Lohnforderung ist untergegan-

40) Vgl. zum folgenden: Gieseke, Gruch. 1925, S. 214 ff.; Groh, SchliWe. 1925, S. 159; Hoeniger, SchliWe. 1921, S. 6, 7 und S. 78/79; 1922 S. 23; DJZ. 1922 S. 143; Priebe, DJZ. 1925 S. 662 ff. Allgemein Riezler, Venire c. f. propr.

gen, ohne daß es auf einen Aufgabewillen ankommt. Es liegt ein „Widerspruch mit dem eigenen Verhalten", ein „venire contra factum proprium" auf Seiten des Arbeitnehmers vor: seine Nachforderung würde in Widerspruch mit der vorhergegangenen längeren vorbehaltlosen Annahme des Minderlohnes stehen. Ja, mit der Nachforderung der Differenz zum Tariflohn handelte er illoyal und gegen Treu und Glauben.

Man würde nach dieser Lehre, wenn man dem Arbeitnehmer die Möglichkeit geben wollte, nach längerer Arbeit zu untertariflichem Lohnsatze, namentlich erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, auf den Tariflohnanspruch zurückzugreifen, unlauterem Verhalten den Weg ebnen; insbesondere würde man Lohndrücker begünstigen, d. h. diejenigen würden einen unangemessenen Vorteil erlangen, die sich zunächst bei Beginn des Arbeitsverhältnisses mit niedrigerem Lohn begnügten, dadurch u. U. andere, auf tarifgemäßer Entlohnung bestehende Arbeitnehmer verdrängten, um dann durch die spätere Nachforderung doch noch den Tariflohn zu erhalten.

2. Der Versuch, in der vorbehaltlosen Annahme des untertariflichen Lohnes durch den Arbeitnehmer einen stillschweigenden Verzicht auf weitergehende Ansprüche zu erblicken, kann nicht zum Ziele führen. Ein Verzicht setzt nach §§ 305, 397 BGB. einen Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner[41]), also einen Verzichtswillen und dessen Erklärung seitens des Arbeitnehmers voraus. Die Verzichtskonstruktion ist bei Begründung der Lohnverwirkung voll innerer Unwahrheit, denn der Arbeitnehmer hat weder erklärt, daß er auf seinen Tariflohnanspruch verzichte, noch wollte er verzichten; vielmehr wurde ihm wider seinen Willen der Verzicht untergeschoben[42]). — Ferner wird bei dieser Konstruktion meist übersehen, daß ihr gemäß der Arbeitnehmer seine angebliche Erklärung nach § 119 BGB. anfechten könnte, vorausgesetzt, daß es noch unverzüglich geschehen kann. Ein solches Anfechtungsrecht würde aber den verkehrsmäßigen Sinn des Rechtsvorgangs offenbar aufheben. Der sog. stillschweigende Verzicht[43]) ist hier eben in Wahrheit gar kein Verzicht, weil seine Wirkung von dem rechtsgeschäft-

41) s. RGZ. 72, 171.

42) Vgl in diesem Zusammenhange Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. S. 226, wo darauf hingewiesen wird, daß in der heutigen Kategorie der stillschweigenden Willenserklärung außer echten Willenserklärungen, die sich von den als ausdrückliche Willenserklärung bekannten nur in einem sekundären Punkte unterscheiden, auch solche Fälle enthalten sind, in denen Rechtswirkungen überhaupt nicht mit Rücksicht auf einen dabei erheblichen Parteiwillen eintreten, sondern ex lege auf Grund von Tatbeständen anderer Art.

43) Hoeniger (SchliWe Bd. 4 S. 23) nennt ihn ein Verlegenheitsaushilfsmittel.

lich erklärten Willen des angeblich Verzichtenden gar nicht abhängt[44]). Aus objektiven Umständen wird vielmehr, ohne Rücksicht auf den Willen des Arbeitnehmers, ja sogar wider seinen Willen, die Rechtsbeendigung gefolgert. Diese objektiven Umstände liegen in seinem Verhalten. Dieses ist in sich widerspruchsvoll; seine spätere Nachforderung auf vollen Tariflohn ist mit seinem bisher geäußerten Verhalten unvereinbar, ist eine „protestatio facti contraria". Man muß also die Konstruktion des stillschweigenden Verzichts aufgeben und einen selbständigen Beendigungsgrund entstandener Rechte aus widerspruchsvollem Verhalten anerkennen; diesen objektiv bewirkten Endigungsgrund bezeichnet man als „Rechtsverwirkung".

3. Die Unabdingbarkeitswirkung des Tarifvertrags (§ 1 TVVO) wird durch diese Konstruktion nicht gefährdet[45]). Die Rechtsverwirkung richtet sich nicht gegen die Entstehung des Rechts, sondern gegen die Behandlung des entstandenen Rechts. Für den Arbeitnehmer entsteht in jeder einzelnen Lohnperiode mit der Leistung der Arbeit der Anspruch auf vollen Tariflohn neu. Zu prüfen ist nur, wie weit und wann der in voller Höhe entstandene Lohnanspruch durch die vorbehaltlose Annahme des Minderlohnes verwirkt ist. Diese Frage können überhaupt erst aufgeworfen werden, wenn die Entstehung des vollen Tariflohnanspruchs feststeht.

2. Die Lehre von der „Rechtsverwirkung durch gegensätzliches Verhalten".

Die von Hoeniger, Gieseke, Priebe und Groh in der Frage der Verwirkung des Tariflohnanspruchs vertretene bezw. befürwortete Lehre fußt auf den §§ 157, 242 BGB.[46]); sie wendet im Tarifrecht den Satz an, daß jeder an sein eigenes Verhalten gebun-

---

44) Siehe auch Riezler S. 146. Er wirft allgemein die Frage auf, ob nicht überall, wo die Figur des stillschweigenden Verzichts auftritt, eine Verwirkung vorliegt); und S. 129 empfiehlt er, statt des stillschweigenden Verzichts stets eine Verwirkung anzunehmen. Gegen diese zu weitgehende Formulierung Manigk, J. und A. S. 158, vgl. unten S. 23 A. 53.

45) Näheres bezüglich der abweichenden Ansicht insbesondere Nipperdeys s. u. S. 30 ff.

46) Der Gedanke, daß der Arbeitnehmer, der nach längerer und wiederholter widerspruchsloser Annahme geringeren Lohnes, als er an sich zu beanspruchen hat, plötzlich und unvermutet mit Nachforderungen an den Arbeitgeber herantritt, wider Treu und Glauben handelt und seinen Anspruch verliert, findet sich auch in der Rechtsprechung; die einzelnen Entscheidungen erkennen den Nachforderungsanspruch ab, ohne allerdings von einer „Verwirkung" und von „gegensätzlichem Verhalten" zu sprechen: GG Königsberg in Gew.Arch. 1919, 190 ff.; ferner in GuKG 24, 34: 26, 88 ff.; GG Köln in GuK. 17, 31; KG Offenburg, GuK. 27, S. 175/76; RAG. Bensh. S. III. RAG. S. 58 ff.

den ist, mit dem er sich nicht in Widerspruch setzen darf, und daß jeder durch eigenes Verhalten, wenn es wider Treu und Glauben verstößt, ihm an und für sich zustehender Rechte verlustig gehen, sie „verwirken" kann.

Dieser Gedanke des Gebundenseins an das eigene Verhalten hat in der Rechtslehre eine Reihe von Anhängern, die aber im einzelnen in der Begründung ihres Standpunks und in den Ergebnissen, zu denen sie gelangen, erhebliche Abweichungen voneinander aufweisen.

Bezüglich der Stellung, die der Grundsatz des Gebundenseins an das eigene Verhalten im sonstigen Rechtssystem einnimmt, geht Riezler[47]) — nur er stellt über diese Fragen eingehende Erörterungen an — davon aus, daß die Unzulässigkeit des Widerspruchs mit dem eigenen Verhalten kein Grundsatz sei, der, wie die Unzulässigkeit des Verstoßes gegen die guten Sitten, seine Rechtfertigung in sich selbst trage und daher allgemeine Geltung beanspruche. Der Widerspruch mit dem eigenen Verhalten brauche nämlich z. B. dann nicht hintangehalten zu werden, wenn durch ihm niemand zu Schaden komme, weder der widerspruchsvoll Handelnde selbst noch ein anderer (S. 110); und selbst da, wo ein Interesse an dem Fortbestand einer einmal abgegebenen Willenserklärung ersichtlich sei, könne das Gesetz einen Widerruf, d. h. also ein widerspruchsvolles Verhalten, zulassen, um nicht ein höheres Interesse des Erklärenden selbst zu beeinträchtigen (S. 111). Auf der anderen Seite, so fährt Riezler fort, enthält das Gesetz zahlreiche Vorschriften, die sich aus der Idee der Unzulässigkeit des Widerspruchs mit dem eigenen Verhalten erklären, z. B. in den §§ 116, 145, 151, 161, 164 Abs. 2, 185 BGB. u. a. (S. 114); nirgends aber hat der Gesetzgeber eine allgemeine Regel dieses Inhalts aufgestellt S. 124)[48]).

Diese Tatsache, daß es im Gesetz keine allgemeine Regel des Inhalts gibt, daß jemand an sein einmal geäußertes Verhalten auch späterhin gebunden ist, daß vielmehr das Gesetz eine ganze Reihe von Bestimmungen aufweist, die ein nachträgliches, im Vergleich zu früherem „widerspruchsvolles" Verhalten ausdrücklich zulassen und billigen, ist der Hauptgrund der vielfachen allgemeinen Ablehnung, welche der Riezlersche Grundsatz gefunden hat[49]). Zu-

47) Erwin Riezler, „Venire contra factum proprium", Leipzig 1912. Durch ihn erfuhr der Gedanke des Gebundenseins an das eigene Verhalten erstmalig eine zusammenfassende Darstellung im Anschluß an entsprechende Institute des englischen und römischen Rechts.

48) Darüber, daß die Unzulässigkeit des Widerspruchs mit dem eigenen Verhalten kein allgemeingültiges Prinzip ist, siehe auch Manigk I. u. A. S. 186.

49) Vgl. unten S. 26 A. 63.

dem wird geltend gemacht, daß Riezlers Lehre da versage, wo es sich darum handele, die Geltendmachung eines entstandenen Rechts auszuschließen, da diese Geltendmachung nie gegen Treu und Glauben verstoßen könne[50]).

Die Stellungnahme der Anhänger der Lehre von dem Gebundensein an das eigene Verhalten zu der Konstruktion des stillschweigenden Verzichts, die von den Anhängern der Tariflohnverwirkung einmütig abgelehnt wird (siehe oben), ist sehr verschieden[51]). Während Riezler (S. 159) anregt, die Figur des stillschweigenden Verzichts zugunsten der Verwirkung durch „gegensätzliches Verhalten" ganz fallen zu lassen, läßt Siber[52]) beide Begriffe nebeneinander bestehen[53]) und ist bestrebt, den Unterschied zwischen beiden darzutun; er hält eine völlige Beseitigung des stillschweigenden Verzichts nicht für ratsam, um die oft erwünschte Anfechtungsmöglichkeit wegen Irrtums nicht zu beseitigen. Auch Walsmann[54]) läßt beide Begriffe gelten, weist aber unter Anführung zahlreicher Entscheidungen darauf hin, daß in manchen Fällen die Verzichtsfiktion zwar herangezogen worden sei, aber versagt habe, und daß hier oft nur der Gedanke von der Unzulässigkeit des Widerspruchs mit dem eigenen Verhalten helfen könne; auch das Gesetz ziehe diesen in zahlreichen Bestimmungen heran.

Lassen also Siber und Walsmann den stillschweigenden Verzicht und die Verwirkung durch „gegensätzliches Verhalten" nebeneinander gelten, so lehnt Heinr. Lehmann[55]) die Verzichtsfiktion vollständig ab: Sie sei eine Vergewaltigung des Parteiwillens und ihr praktischer Wert gleich Null (S. 90); sie sei auch nicht (wie Siber meine) im Interesse einer etwaigen Anfechtbarkeit nötig. Denn wenn im einzelnen Falle eine Anfechtbarkeit erwünscht sei, dann sei man ja auch nicht genötigt, eine Verwirkung anzunehmen[56]). Die Verzichtsannahme sei meist völlig willkürlich (S. 96);

50) Vgl. Nipperdey II S. 237 ff. — Ich halte allerdings diesen Grund nicht für durchschlagend, da zwar nicht die Geltendmachung als solche allein, wohl aber in Verbindung mit dem Verhalten des Berechtigten zwischen Entstehung und Geltendmachung des Rechts gegen Treu und Glauben verstoßen kann.

51) Vgl. hierzu Manigk, I. u. A. S. 28/29.

52) Plancks Kommentar, II. Bd. 1. Hälfte S. 544 zu § 397. Zustimmend Manigk, I. u. A. S. 187 A. 2.

53) Auch Manigk, I. u. A. S. 158, hält Riezlers Formulierung für zu weitgehend, wenngleich anzuerkennen sei, daß, wie bei der stillschweigenden Willenserklärung überhaupt, so auch beim stillschweigenden Verzicht mancherlei Fiktonen zu beseitigen sind.

54) Der Verzicht, S. 210/11.

55) Zeitschrift f. d. ges. Handels- und Konkursrecht Bd. 79 S. 57 ff.

56) H. Lehmann beachtet allerdings nicht, daß die Gewährung eines Anfechtungsrechts und die Nichtannahme einer Verwirkung insbesondere in den Fragen der Rückwirkung und der Schadensersatzpflicht verschiedene Rechtsfolgen haben; vgl. hierzu Manigk J. u. A. S. 187 A. 2.

der Interessenkonflikt sei nur nach den Grundsätzen des „gegensätzlichen Verhaltens" befriedigend zu lösen[57]).

Im einzelnen weichen auch die Ergebnisse, zu denen die Anhänger der Lehre von der Gebundenheit an das eigene Verhalten gelangen, erheblich voneinander ab. So kommt Riezler (S. 124, 131) zu folgendem Ergebnis: Es bleibt der Theorie überlassen, für die Unzulässigkeit des Widerspruchs mit dem eigenen Verhalten eine eigene Regel aufzustellen. Da es sich aber bei der Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des „Widerspruchs mit dem eigenen Verhalten" nicht um Wahrung eines absoluten Prinzips, sondern um eine Interessenfrage handelt, die bald bejahend, bald verneinend entschieden wird, so ist es abzulehnen, eine einheitliche Formulierung zu versuchen. Riezler stellt fünf „typische Situationen" fest, in denen mit der „Unzulässigkeit des Widerspruchs mit dem eigenen Verhalten" eine zweckmäßige und gerechte Lösung zu erzielen ist:

1. Ein unwirksames Rechtsgeschäft ist tatsächlich erfüllt, die Leistung des einen Teils läßt sich nicht oder nicht in billiger Weise rückgängig machen. Hier ist die Erfüllungsannahme durch den andern Teil als die Handlung anzusehen, mit der er sich nicht durch Berufung auf die Unwirksamkeit in Widerspruch setzen darf.

2. Jemand hat durch eigene Entscheidung für eine bestimmte Rechtslage, insbesondere durch Ausübung eines Gestaltungsrechts, eine anderweitige Rechtsgestaltung, die an sich möglich gewesen wäre, verwirkt.

3. Jemand hat, indem er als Träger einer bestimmten Rechtsstellung auftritt, den Rechtsschein erregt, daß ihm diese Stellung zukomme. Er muß dem darauf Vertrauenden gegenüber diesen Schein gegen sich gelten lassen.

4. Jemand muß in Vertragsverhältnissen ohne Verschulden das mit einer Rechtslage verbundene Risiko tragen, weil er diese Rechtslage durch eigenes Verhalten herbeigeführt hat.

5. Niemand darf sich selbst darauf berufen, daß sein eigenes Verhalten, mit dem er sich jetzt in Widerspruch setzen möchte, ein gegen die guten Sitten verstoßendes gewesen sei.

Abschließend sagt Riezler, daß die Grenzen zwischen den einzelnen Gruppen nicht scharf gezogen seien, daß aber bei allen die Wahrung von Treu und Glauben eine wesentliche Rolle spiele (S. 132).

---

57) Demgegenüber stellt Manigk (J. u. A. S. 182 ff.) fest, daß Lehmann die verschiedensten Möglichkeiten eines echten stillschweigenden Verzichts zugeben muß, und hält den Beweis, daß in dem Fall der „Enthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters usw." die Verzichtskonstruktion weniger brauchbar sei als die „Verwirkung", für nicht erbracht.

Im Gegensatz zu Riezler stellt Siber[58]) eine Formel auf, die vor allem darauf abgestellt ist, den Unterschied zwischen „Verwirkung durch gegensätzliches Verhalten" und „stillschweigendem Verzicht" herauszukehren:

Kein stillschweigender Verzicht ist ein gegensätzliches Verhalten, an das sich, mag es berechtigt sein oder nicht, nach objektivem, evtl. nach Treu und Glauben ermitteltem Recht, der Verlust des Forderungsrechts knüpft. Gegensätzliches Verhalten liegt darum vor, wenn die nachträgliche Geltendmachung des Anspruchs durch Gesetzesvorschrift oder nach Treu und Glauben ausgeschlossen ist, — was auch der Fall sein kann, wenn das Verhalten nicht gewollt ist —, dagegen Verzicht, wenn das Verhalten selbst mit dem Vorbehalt nachträglicher Geltendmachung des Anspruchs gegen Gesetz oder Treu und Glauben verstößt, was nur bei gewolltem Verhalten möglich ist. Deswegen gibt es eine Anfechtung wegen Willensmangels nur beim Verzicht, nicht beim gegensätzlichen Verhalten. Das praktische Ergebnis ist bei beiden gleich; daher ist die Flüssigkeit der Grenze bei gewolltem Verhalten meist unschädlich.

Walsmann[59]) entwickelt eine Formel, die lediglich auf die Frage des „gegensätzlichen Verhaltens" abgestellt ist:

Wenn das willkürliche Verhalten eines Rechtssubjekts an sich oder in seinen Konsequenzen mit dem Fortbestand eines Rechts, über welches dem Rechtssubjekt die freie Disposition zusteht, in offenen Widerspruch gerät, so hat dieser Widerspruch die Aufhebung des Rechts zur Folge. Ob ein solcher offenbarer Widerspruch vorliegt, darüber entscheidet die Verkehrsauffassung.

H. Lehmann[60]) hält Walsmann entgegen, daß seine Formel zu unbestimmt sei; Siber gehe bezüglich des Verzichts zu weit; was er dazu rechne, sei nur dann Verzicht, wenn das fragliche Verhalten nach der Verkehrssitte gleichzeitig die Bedeutung einer Verzichtserklärung habe; Lehmann stellt dann (S. 98) für die Fälle des „gegensätzlichen Verhaltens" folgende Formel auf:

Niemand darf eine Befugnis im Widerspruch zu seinem früheren Verhalten geltend machen:

1. Wenn dieses Verhalten nur bei gleichzeitigem Verzicht auf die Befugnis mit Gesetz, guten Sitten, Treu und Glauben in Einklang zu bringen war;

2. wenn die nachträgliche Geltendmachung der Befugnis gegen Gesetz, gute Sitten oder Treu und Glauben verstößt; — ein Verzicht auf die Befugnis ist bei 1) nur anzunehmen, wenn das frühere Verhalten von der Verkehrssitte als Anzeichen des Verzichtswillens

58) a. a. O.
59) a. a. O.
60) a. a. O.

anerkannt war. Zur ersten Gruppe gehören die Fälle, die heute noch zu Unrecht unter der Bezeichnung „stillschweigender Verzicht“ laufen.

Lehmanns Formel soll nur die erste bis dritte Gruppe der Riezlerschen Darstellung umfassen, da die vierte und fünfte das Problem des gegensätzlichen Verhaltens nur mittelbar betreffen[61]).

Zu den bisher genannten Vertretern der Lehre von der Gebundenheit an das eigene Verhalten ist noch Rundstein zu rechnen, der[62]) im Anschluß an die Darlegungen Riezlers die entsprechenden Rechtsgebilde und Formationen des französischen Rechtssystems einer Prüfung unterwirft.

Auch in der Rechtsprechung findet sich der Grundsatz ausgesprochen, daß niemand sich bei einer Rechtsverfolgung mit seinem früheren Verhalten in Widerspruch setzen darf, wenn darin ein Verstoß gegen Treu und Glauben liegen würde; so sagt das Reichsgericht in RGZ 108 S. 110: „Auch das BGB. kennt den Einwand der allgemeinen Arglist, zu deren Begründung es genügt, daß eine Partei mit der Rechtsverfolgung eine Haltung einnimmt, die mit einem früher von ihr betätigten Verhalten nach Treu und Glauben unvereinbar ist“. Diese Entscheidung beweist, daß der auf § 242 BGB aufgebaute Grundsatz von der „Gebundenheit an das eigene Verhalten“ auch der heutigen Rechtsprechung nicht fremd ist[63]).

3. Der stillschweigende Verzicht auf den Tariflohn.

Die Anhäger der im vorstehenden unter 1) dargestellten Lehre von der Verwirkung des Anspruchs auf den Tariflohn durch „gegensätzliches Verhalten“ führen als wesentliches Argument für ihre Lehre an, daß die Ansicht, der Arbeitnehmer habe durch längere widerspruchslose Annahme des untertariflichen Lohnes auf seinen an sich entstandenen Mehranspruch stillschweigend verzichtet, nicht haltbar sei; denn durch die vorbehaltlose Annahme des Minderlohnes komme der nach § 397 BGB. für einen Verzicht erforderliche Erlaßvertrag nicht zustande; der Arbeitnehmer habe nämlich gar nicht auf seinen Mehranspruch verzichtet, auch gar nicht daran gedacht, zu verzichten, zumal er sich zumeist zur Zeit der Annahme des Minderlohnes der Existenz dieses weitergehenden Anspruchs nicht bewußt sei; der Verzichtswille werde vielmehr dem Arbeit-

61) Vgl. auch Titze in Z. f. HR. Bd. 77 S. 240.

62) Arch. f. B. R. Bd. 43 S. 319/379.

63) Das Hauptbedenken gegen diesen von Riezler u. a. vertretenen Grundsatz besteht allerdings darin, daß die Rechtsordnung zahlreiche Möglichkeiten eines widerspruchsvollen Verhaltens, eines venire contra factum proprium positiv zuläßt und regelt; z. B. den Widerruf einmal abgegebener Erklärungen, den Rücktritt, die Anfechtung u. a., vgl. oben S. 22.

nehmer wider seinen Willen untergeschoben. Die Verzichtslehre könne also nicht zu dem erstrebten Ziel führen, unbillige Lohnnachforderungen einzuschränken bzw. ganz zu unterbinden.

Damit setzt sich die Verwirkungslehre in Gegensatz zu dem in Rechtslehre und Rechtsprechung noch überwiegend vertretenen Standpunkt, daß in der längeren vorbehaltlosen Annahme untertariflichen Lohnes ein stillschweigender Verzicht des Arbeitnehmers auf seinen Mehranspruch zu erblicken und aus diesem Grunde die Nachforderung abzuweisen sei.

Bevor jedoch auf diesen Zwiespalt zwischen der Verwirkungslehre und der Verzichtslehre eingegangen werden kann, ist die umstrittene Frage zu erörtern, ob überhaupt ein Verzicht auf entstandene Tariflohnansprüche nach den Vorschriften des geltenden Rechts zulässig ist, ob nicht insbesondere ein solcher Verzicht gegen den in § 1 TVVO. festgelegten Grundsatz der Unabdingbarkeit des Tarifvertrags verstößt. Auch gilt manches, was gegen die Zulässigkeit dieses Verzichts angeführt wird, zugleich als Argument gegen die Verwirkungslehre.

Die in Rechtslehre und Rechtsprechung wohl überwiegend vertretene Meinung geht dahin, daß nach geltendem Recht ein Verzicht des Arbeitnehmers auf seinen bereits entstandenen Tariflohnanspruch, also ein nachträglicher Verzicht, zulässig sei, insbesondere auch vermittels eines durch vorbehaltlose Annahme des geringeren Lohnes zustande kommenden stillschweigenden Erlaßvertrags[64]). So Erdel[65]), Goerrig[66]), Hueck[67]), Kaskel[68]), Matthaei[69]), Oertmann[70]), Sitzler-Goldschmidt[71]), Sinzheimer[72]), Sitzler[73]), Lange[74]) und Philippe[75]); in der Rechtsprechung:

GG. Bamberg vom 24. 11. 1921 in GuK. 27, 91/92; LG. Chemnitz vom 22. 10. 1920 in GuK. 26, 126/27; KG. Danzig vom 10. 9. 1920 in GuK. 26, 283; KG. Mülheim-Ruhr vom 19. 2. 1923 in GuK. 28, 139/40; LG. München in GuK. 27, 271; GG. Passau vom 6. 5.

---

64) Auf die Frage, ob ein Verzicht auf künftige, noch nicht entstandene Tariflohnansprüche zulässig ist, braucht an dieser Stelle nicht eingegangen zu werden, da sie mit der „Verwirkung durch gegensätzliches Verhalten" keinerlei Berührungspunkte aufweist.

65) SchliWe. IV. S. 47; VII. S. 17.

66) SchliWe. V. S. 81.

67) Recht des TV. 115/16; Tarifrecht S. 58 ff.

68) S. 40/41.

69) Grundriß S. 77.

70) Arbeitsvertragsrecht S. 74 Anm. 1.

71) Tarifvertragsrecht S. 37.

72) Grundzüge S. 234 und JW. 1922, S. 564/65.

73) Tarifvertragsrecht S. 19.

74) N. Z. f. A. R. 1929 S. 162.

75) a. a. O.

1913 in GuK. 18, 205/06; RAG. vom 1. 2. 28 in Bensh. S. III (RAG.) 12 ff No. 3; RAG. vom 15. 2. 28 in Bensh. S. II (RAG.) No. 27); RAG. vom 4. 1. 28 in Bensh. S. II (RAG.) No. 1); RAG. vom 21. 3. 28 in Bensh. S. II (RAG.) No. 73); RAG. vom 13. 6. 28 in Bensh. S. III (RAG.) No. 12); RAG. vom 27. 6. 28 in Bensh. S. III (RAG.) No. 36); RAG. vom 28. 11. 28 in Bensh. S. IV (RAG.) No. 97); RAG. vom 23. 1. 29 in Bensh. S. V (RAG.) No. 30); RAG. vom 13. 3. 29 in Bensh. S. V (RAG.) No. 115); RG vom 27. 11. 25 in JW 1927 S. 242[76]): auch RGZ. Bd. 117 S. 19 ff; ferner der Besch. des RAM. vom 4. 11. 20 in N. Z. f. A. R. 1921 S. 83 und der Schiedsspruch des Tarifschiedsgerichts für Großhandel und Industrie in Bamberg vom 16. 6. 1922 in N. Z. f. A. R. 1922 S. 689 u. a. — Voraussetzung soll allerdings sein, daß der Arbeitnehmer seinen Mehranspruch kennt[77]), und daß er bei der widerspruchslosen Annahme des Minderlohnes nicht unter wirtschaftlichem Druck des Arbeitgebers handelte[78]), d. h. etwa in Furcht vor Kündigung oder anderen Nachteilen.

Die Begründung der Zulässigkeit des nachträglichen Verzichts ist folgende[79]):

1. Nach § 1 der TVVO. vom 23. 12. 1918 sind bei Vorliegen eines Tarifvertrages Arbeitsverträge zwischen den beteiligten Personen insoweit unwirksam, als sie von der tariflichen Regelung abweichen. Abweichende Vereinbarungen sind jedoch wirksam, soweit sie im Tarifvertrage grundsätzlich zugelassen sind, oder soweit sie eine Aenderung der Arbeitsbedingungen zugunsten[80]) des Arbeitneh-

76) Auf diese Entscheidung nehmen die späteren in ihren Gründen vielfach Bezug, trotzdem sie ohne weitere Begründung lediglich feststellt, daß „die Kläger durch ihr Verhalten für die Vergangenheit auf Bezahlung ihrer Arbeit als Ueberstunden verzichtet haben".

77) Goerrig a. a. O.; Hueck a. a. O.; Matthaei a. a. O.; das versteht sich auch von selbst, denn man kann nur auf einen Anspruch verzichten, von dessen Existenz man Kenntnis hat (vgl. das zum Verzicht bei der Aufwertung Gesagte).

78) Hueck a. a. O.; Philippe a. a. O.; Sinzheimer a. a. O. LG Chemnitz a. a. O.; RAG vom 13. 6. 28 a. a. O.; vom 27. 6. 1928 a. a. O.; vom 1. 2. 28 a. a. O.; RGZ 117, 9/10; — auch diese Voraussetzung versteht sich von selbst im Hinblick auf § 123 BGB.

79) Vgl. insbesondere Goerrig a. a. O. und Hueck a. a. O.

80) Die Frage, ob bei untertariflicher Bezahlung des Arbeitnehmers nicht etwa deshalb eine Abweichung vom Tarifvertrag zugunsten des Arbeitnehmers vorliegt, weil er, wenn er tarifgemäße Bezahlung gefordert hätte, gar nicht beschäftigt worden wäre, d. h. also gar keinen Lohn erhalten hätte, ist zu verneinen; denn die Frage, ob eine Abweichung zugunsten des Arbeitnehmers vorliegt, ist stets vom Gesichtspunkt des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses aus zu beurteilen; untertarifliche Bezahlung kann also nie zugunsten des Arbeitnehmers eine Abweichung vom Tarifvertrage sein. Ferner ist nicht das persönliche Interesse des einzelnen Arbeitnehmers, sondern das Gesamtinteresse der Gesamtarbeitnehmerschaft maßgebend. Vgl. Hueck, SchliWe. 1924 S. 183; Matthaei a. a. O.; Sinzheimer,

mers enthalten und im Tarifvertrag nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind. Der hier ausgesprochene Grundsatz der Unabdingbarkeit des Tarifvertrages ist eine Ausnahmebestimmung, die nicht über den ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes hinaus ausgelegt werden darf. Nach dem Wortlaut aber sind nur Arbeitsverträge (mit Ausnahmen), soweit sie vom Tarifvertrag abweichen, unwirksam; wenn aber der Arbeitnehmer über seinen tarifgemäß in voller Höhe entstandenen Lohnanspruch in Form eines Verzichts verfügt, so liegt darin kein Arbeitsvertrag, sondern eine gewöhnliche zivilrechtliche, nicht in den Bereich des Arbeitsvertrags fallende Vereinbarung, die § 1 TVVO nicht ausschließt.

2. Von dem Inhalt des durch den Tarifvertrag geregelten Arbeitsvertrages müssen die jeweils auf Grund dieses Arbeitsvertrags entstandenen Ansprüche des Arbeitnehmers scharf unterschieden werden; § 1 TVVO. regelt den Inhalt des einzelnen Arbeitsvertrags zwingend, so daß unter allen Umständen tarifgemäße Ansprüche für den Arbeitnehmer entstehen; er will dem Arbeitnehmer aber nicht auch den Fortbestand der entstandenen Ansprüche gewährleisten. Der Arbeitnehmer kann vielmehr über den tarifgemäß entstandenen Lohnanspruch frei verfügen; auch sonst kennt das geltende Recht nur Verfügungsbeschränkungen für die Zukunft, nicht auch für die Vergangenheit (z. B. in §§ 400, 619, 1274 BGB., § 1 LBG.).

3. Die Unabdingbarkeit bezweckt den Schutz des Arbeitnehmers vor Ausbeutung durch den Arbeitgeber; diesem Schutzbedürfnis des Arbeitgebers ist Genüge getan, wenn das Entstehen tarifgemäßer Ansprüche feststeht; der Arbeitnehmer, der den entstandenen Lohnanspruch nicht ausnutzt, ist nicht mehr schutzbedürftig. Dafür spricht auch ein Vergleich mit dem Lohnbeschlagnahmegesetz vom 21. Juni 1869, dem doch ebenfalls die sozialpolitische Tendenz des Schutzes des wirtschaftlich schwächeren Arbeitnehmers innewohnt. Nach § 1 dieses Gesetzes ist eine Lohnforderung nur bis zum Zeitpunkt der Fälligkeit und der Leistung der Dienste unpfändbar und unabtretbar, für die spätere Zeit dagegen ist jede Verfügung dar-

---

Grundzüge, S. 262/63; RAG vom 27. 6. 1928 a. a. O.; vom 4. 1. 28 a. a. O.; RG vom 27. 11. 25 in JW 1927 S. 24; LAG. Münster vom 20. 9. 1927 in Bensh. S. I. (LAG. S. 97 ff.). — Der von Nipperdey (Beiträge, S. 8 ff. und Rechtspr. des RG zum AR. I. S. 25—27 vgl. jetzt Nipp. Lehrb. II a. a. O.) vertretenen Ansicht, daß das Interesse des einzelnen Arbeitnehmers entscheide, ob eine Abweichung vom Tarifvertrag zugunsten des Arbeitnehmers vorliegt oder nicht, ist entgegenzuhalten, daß die Gesamtheit der Arbeitnehmer den Tarifvertrag abschließt. - Wenn ferner GG. Oberlahnstein (vom 9. 9. 24 in SchliWe. 24 S. 177) meint, auch die Vereinbarung untertariflichen Lohnes könne eine Abweichung vom Tarifvertrag zugunsten des Arbeitnehmers sein, so macht dieser Standpunkt einen Tarifvertrag illusorisch.

über zulässig. Dieser Gedanke des Lohnbeschlagnahmegesetzes, daß der Gesetzgeber die künftige Lohnforderung in höherem Grade für schutzbedürftig hält, als den Anspruch auf den schon verdienten Lohn, ist auch für die Auslegung von § 1 TVVO. beachtenswert.

4. Die Unabdingbarkeit darf auch im Interesse des Arbeitgebers nicht übermäßig weit ausgelegt werden. Oft wird es dem Arbeitgeber durch schwerwiegende Gründe, z. B. mißliche Betriebslage, unmöglich gemacht, dem Arbeitnehmer den tarifgemäßen Lohn zu zahlen. Es muß also die Möglichkeit bestehen, den Arbeitgeber von dieser Verpflichtung zu befreien. — Auch würde eine allzu weit ausgelegte Unabdingbarkeit unlauterem Verhalten derjenigen Arbeitnehmer Vorschub leisten, die durch Einlassung auf den untertariflichen Lohn Eintritt in den Betrieb erschleichen, um nachher dann doch den vollen Lohn zu erlangen.

Demgegenüber ist nach einer anderen, in Rechtslehre und Rechtsprechung ebenfalls stark vertretenen Ansicht ein Verzicht des Arbeitnehmers auf seinen entstandenen Tariflohnanspruch unzulässig; von den Verfechtern dieses Standpunkts lehnen vor allem Baum[81]), Bodmann[82]) und Seidel[83]) einen nachträglichen Verzicht auf den Tariflohnanspruch schlechthin unter allen Umständen als unzulässig ab, während die übrigen den Verzicht nur während der Dauer des Arbeitsverhältnisses als mit den Vorschriften des geltenden Rechts unvereinbar ansehen; der letzteren Ansicht sind insbesondere Nipperdey[84]), ferner Jadesohn[85]), Jacobi[86]), Joerges[87]); in der Rechtsprechung KG Kiel[88]), LG Königsberg[89]), LAG Münster[90]), LG, Leipzig[91]) u. a.

Gegen die Zulässigkeit des Verzichts auf entstandene Tariflohnansprüche wird von diesen Autoren ausgeführt:

1. § 1 TVVO. ist keine Ausnahmevorschrift, die nur nach ihrem Wortlaut ausgelegt werden darf; er enthält zwar eine Beschränkung des allgemeinen Grundsatzes der Vertragsfreiheit, aber wenigstens für das Arbeitsrecht ein elementares Prinzip — die Unabdingbarkeit des Tarifvertrags —, die als solche keine Ausnahmeregel mehr

81) JW. 1919, S. 72.
82) in Arbeitsrecht, 24, S. 102.
83) GuK. 26 S. 220 ff.
84) Beiträge S. 18 ff.; Lehrbuch II, S. 228 ff.; Rechtspr. des RG zum AR. I S. 31; Anm. zu Bensh. I (LAG S. 97 ff.) Anm. zu Bensh. II (RAG Nr. 1); Anm. zu Bensh. V (RAG Nr. 115); Anm. zu JW. 1924 S. 1060.
85) Arbeitsrechtspraxis, Jahrg. 1928, S. 148.
86) Grundlehren S. 223/24.
87) SchliWe. 27 S. 26.
88) vom 28. 10. 1921 in GuK. 27, S. 116/17.
89) vom 13. 2. 1923 in GuK. 28, S. 139/40.
vom 6. 3. 1923 in JW. 1924, S. 1060 und N.Z.f.A.R. 24, 697.
90) vom 20. 9. 1927 in Bensh. S. I (LAG. 97 ff.)
91) vom 25. 4. 1922 in SchliWe. 1922 S. 167 ff. und N.Z.f.A.R. 1922, 575.

ist. Die Auslegung des § 1 TVVO. hat also nicht nur nach dem Wortlaut, sondern darüber hinausgehend nach Sinn und Zweck des Gesetzes zu erfolgen.

2. Dem Sinn und Zweck des Gesetzes würde es aber widersprechen, wenn man als „Arbeitsverträge" im Sinne von § 1 TVVO. nur solche Vereinbarungen ansehen wollte, die Inhalt des eigentlichen Arbeitsvertrags sind; § 1 TVVO. umfaßt vielmehr sinngemäß alle Vereinbarungen, die mit dem Arbeitsverhältnis in unmittelbarem Zusammenhang stehen, also auch den Verzicht auf entstandene Tariflohnansprüche. Ein solcher würde demnach der tariflichen Regelung widersprechen.

3. § 1 TVVO. will sich nicht darauf beschränken, dem Arbeitnehmer nur die Entstehung tarifgemäßer Ansprüche zu gewährleisten, vielmehr soll auch das Weiterbestehen dieser Ansprüche gesichert werden. § 1 TVVO. schließt also alle rechtlichen Mittel aus, welche dieses Ziel vereiteln können, also auch einen nachträglichen Verzicht auf den entstandenen Lohnanspruch. Nur so wird der wirtschaftlich schwache Arbeitnehmer genügend geschützt. Ein Hinweis auf andere gesetzliche Bestimmungen, in denen ein Anspruchsverzicht nur für die Zukunft, nicht auch für die Vergangenheit für zulässig erklärt wird, ändert hieran nichts; denn § 1 TVVO. muß aus sich selbst heraus ausgelegt werden und enthält keinerlei dahingehende Bestimmungen. Insbesondere ist ein Hinweis auf § 1 LBG. nicht am Platze, denn diese Bestimmung dient anderen Zwekken als § 1 TVVO.

4. Die Interessen des Arbeitgebers können nicht zur Begründung der Zulässigkeit eines nachträglichen Verzichts herangezogen werden; denn sie sprechen auch für die Zulassung eines Verzichts auf künftige Tariflohnansprüche, der aber unzulässig ist.

5. Die Anerkennung des nachträglichen Verzichts würde die Zulassung eines Schleichwegs zur Umgehung des Gesetzes bedeuten. Ein solcher in fraudem legis abgeschlossener Vertrag ist aber nichtig.

6. In dem jeweiligen stillschweigenden Erlaßvertrag liegt gleichzeitig die Vereinbarung untertariflichen Lohnes für die Zukunft; es liegt eine einheitliche Willenserklärung vor, die nicht zum Teil gültig, zum Teil ungültig sein kann; sie muß vielmehr gänzlich unwirksam sein. Ferner würde bei etwaigen Vorliegen einer untertariflichen Lohnvereinbarung für die Zukunft der nachträgliche Verzicht sich als Bestätigung einer unwirksamen Vereinbarung darstellen; dann muß aber auch diese Bestätigung ungültig sein, weil die Gründe, auf denen die Ungültigkeit der vorherigen Vereinbarung beruht, zwischen Vertragsabschluß und Bestätigung nicht weggefallen sind. —

Ich halte die Argumente gegen die Zulässigkeit eines nachträglichen Verzichts auf Tariflohnansprüche nicht für durchschlagend, billige vielmehr die andere Lehre, die die Zulässigkeit eine ssolchen Verzichts bejaht, und zwar aus folgenden Gründen:

1. § 1 TVVO. ist m. E. eine Ausnahmebestimmung und als solche nicht über seinen ausdrücklichen Wortlaut hinaus auszulegen. Die Bestimmung stellt zwar für das Gebiet des Arbeitsrechts ein grundlegendes Prinzip, die Unabdingbarkeit des Tarifvertrags, auf; maßgebend aber für den Charakter des § 1 TVVO. ist seine Stellung in der gesamten Rechtsordnung. Danach enthält § 1 TVVO eine Einschränkung des allgemeinen Grundsatzes der Vertragsfreiheit und ist daher m. E. als Ausnahmebestimmung anzusehen.

Nach dem Wortlaut des § 1 TVVO sind nur arbeitsvertragliche Vereinbarungen unwirksam, soweit sie von der tariflichen Regelung abweichen und, ohne im Tarifvertrag grundsätzlich zugelassen zu sein, den Arbeitnehmer benachteiligen. Ein nachträglicher Erlaßvertrag über den entstandenen Tariflohnanspruch ist aber keine spezifisch „arbeitsvertragliche" Vereinbarung, d. h. eine Vereinbarung, welche den Inhalt des Arbeitsverhältnisses regelt und welcher der Wortlaut des § 1 TVVO. entgegenstehen würde, sondern ein allgemeiner zivilrechtlicher Vertrag.

2. Auch die Tendenz des § 1 TVVO., den wirtschaftlich schwachen Arbeitnehmer vor dem Uebergewicht des Arbeitgebers zu schützen, steht m. E. der Zulässigkeit eines Verzichts des Arbeitnehmers auf seine tarifgemäß entstandenen Ansprüche nicht entgegen. Dem Arbeitnehmer soll die Entstehung tarifgemäßer Ansprüche gesichert werden; darüber hinaus will der Gesetzgeber dem Arbeitnehmer die freie Verfügung über den Anspruch nicht nehmen. Dafür spricht auch ein Vergleich mit § 1 LBG.: auch das Lohnbeschlagnahmegesetz dient dem Schutze des Arbeitnehmers, doch sind die Beschlagnahme des Lohnes und damit nach § 2 Abs. 2 LBG. auch Verfügungen des Arbeitnehmers über den Lohn zulässig, nachdem die Leistung der Arbeit erfolgt und der Zahltag abgelaufen ist; dann hat der Arbeitnehmer wieder die unbeschränkte Verfügungsmacht.

3. Danach bedeutet auch die Zulassung des nachträglichen Verzichts nicht die „Legalisierung eines Schleichweges"[92]) zur Umgehung des Gesetzes. Ferner braucht in dem nachträglichen Verzicht nicht notwendig gleichzeitig eine Vereinbarung untertariflichen Lohnes für die Zukunft zu liegen. Ebensowenig ist man genötigt, bei etwaigem Vorliegen einer früheren Vereinbarung untertariflichen Lohnes für die Zukunft in dem späteren Verzicht eine Bestätigung der vorherigen Vereinbarung zu sehen; denn es können zwar gerade nichtige Rechtsgeschäfte bestätigt werden (§ 141 BGB.), aber es ist m.

92) Nipperdey a. a. O.

E. nicht gerechtfertigt, deswegen, weil der nachträgliche Verzicht dasselbe Ergebnis hat, wie die vorherige Vereinbarung von einer „Bestätigung" der letzteren durch ersteren zu sprechen.

4. Die Interessen des Arbeitgebers können allerdings m. E. nicht für die Zulassung des nachträglichen Verzichts sprechen, da sie auch zugunsten eines vorherigen Verzichts ins Gewicht fallen würden; letzterer aber ist gleichwohl unzulässig.

4. Der stillschweigende Verzicht auf den Tariflohn und die „Verwirkung des Tariflohnanspruchs durch gegensätzliches Verhalten".

Nach Bejahung der Frage, ob ein stillschweigender nachträglicher Verzicht des Arbeitnehmers auf entstandene Tariflohnansprüche zulässig ist, ist nunmehr auf den von den Anhängern der Lehre von der Verwirkung des Tariflohnanspruchs durch „gegensätzliches Verhalten" gegen die Verzichtslehre erhobenen Vorwurf einzugehen, daß letztere nicht haltbar sei, weil durch vorbehaltlose Annahme untertariflichen Lohnes seitens des Arbeitnehmers ein nach § 397 BGB erforderlicher Erlaßvertrag in den meisten Fällen nicht zustande komme, also tatbestandlich ein Verzicht meist gar nicht vorliege.

Dieser Vorwurf ist m. E. nicht unbegründet. Es ist davon auszugehen, daß auch als stillschweigende Willenserklärung nur solche Akte angesehen werden können, die überhaupt noch Willenserklärungen im Sinne des Gesetzes sind; denn der Begriff der Willenserklärung darf durch Hinzusetzung des Attributs „stillschweigend" nicht seines „primären Inhalts", der Willenserklärung, beraubt werden[93]). Wo aber die Merkmale der Willenserklärung fehlen, da liegt ebensowenig eine stillschweigende Willenserklärung, wie überhaupt eine Willenserklärung vor. Ein gültiger Erlaßvertrag würde demnach zunächst voraussetzen, daß der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Annahme des geringeren Lohnes seinen Mehranspruch kennt; denn, wie schon erwähnt, kann man verzichten nur auf einen Anspruch, den zu haben man sich bewußt ist. An dieser Kenntnis kann es bei dem Arbeitnehmer fehlen. —

Noch viel weniger aber wird der Arbeitnehmer bei der vorbehaltlosen Annahme des geringeren Lohnes den Willen haben, auf seinen Anspruch zu verzichten[94]). Dabei bleibt allerdings zu beachten, daß eine Verzichtserklärung gleichwohl da vorliegen würde, wo sie nach Treu und Glauben in dem Verhalten des Arbeitnehmers erblickt wird, welches dem Gegner zugänglich ist. Der Geg-

93) vgl. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 215, 220.
94) vgl. Seidel a. a. O.; Nipperdey, Beiträge, S. 39.

ner darf es u. U. als Verzicht werten. Es kommt daher auch nicht lediglich darauf an, ob der Arbeitnehmer gewußt hat, daß er einen höheren Lohnanspruch hatte; es genügt, daß er es hätte wissen müssen, so daß der Arbeitgeber mit diesem Wissen beim Arbeitnehmer rechnen durfte[95]). Hiervon kann jedoch keinesfalls immer die Rede sein, so daß auch die längere vorbehaltlose Annahme des untertariflichen Lohnes seitens des Arbeitnehmers den Arbeitgeber auch nicht zu der Annahme berechtigt, daß der Arbeitnehmer habe verzichten wollen. Der wirkliche Wille darf aber, wo er fehlt, nirgends fingiert werden[96]). — Es dürfte deswegen in den meisten Fällen m. E. der wahren Sachlage nicht entsprechen, wenn die Rechtslehre und Rechtsprechung heute noch in der vorbehaltlosen Annahme untertariflichen Lohnes einen stillschweigenden Verzicht des Arbeitnehmers auf seinen Mehranspruch erblickt; vielmehr handelt es sich m. E. hier um Fälle, von denen Manigk[97]) sagt, daß der im Umlauf befindliche Begriff der „stillschweigenden Willenserklärung", dem der gewöhnliche, durch lange Tradition erhärtete juristische Sprachgebrauch seinen außerordentlich weiten Sinn verliehen hat, ernsthaft geprüft, nach Ursprung, Namen und Ziel gefragt und danach mit einem ihm in Zukunft zuzusprechenden Kurswert versehen werden muß. — Die von Manigk[98]) gegenüber der Verwirkungslehre als Ersatz für die Figur des stillschweigenden Verzichts entwickelte Theorie der „typisierten Erklärungen" beruht darauf, daß die Grundlage der Verwirkungslehre, der „Widerspruch mit dem früheren Verhalten" auch die Vorstellungen der Beteiligten beherrsche und demgemäß derart zum Inhalt ihrer Erklärungen werden könne, daß man genötigt sei, den entstehenden Rechtsverlust als auf rechtsgeschäftlicher Grundlage beruhend anzusehen. Hiervon braucht jedoch m. E. bei dem zur Erörterung stehenden Falle der Verwirkung des Tariflohnanspruchs nicht unbedingt die Rede zu sein; denn die längere vorbehaltlose Annahme des Minderlohnes hat nicht einen derart verkehrsmäßig fest umrissenen Sinn, daß man den Rechtsverlust hier als auf willensgeschäftlicher Grundlage beruhend ansehen müßte.

Gegenüber der Konstruktion des „stillschweigenden Verzichts" eröffnet m. E. die Verwirkungslehre die Möglichkeit, die Frage des Ausschlusses oder der Einschränkung unbilliger Tariflohnnachforderungen befriedigend zu lösen: die Verwirkungslehre urteilt lediglich nach klar erkennbaren objektiven Gesichtspunkten, ohne sich um die unsichere subjektive Einstellung der Beteiligten zu küm-

95) Begriff der sog. fahrlässigen Willenserklärung, die natürlich u. U. anfechtbar wegen Irrtums ist.
96) vgl. Manigk, I. u. A. S. 222, sowie S. 105 ff., 242 ff.
97) Willenserklärung und Willensgeschäft S. 215; vgl. auch I. u. A. S. 156.
98) I. u. A. S. 159 ff.

mern; sie läuft daher auch nicht, wie die Verzichtslehre, Gefahr, das erstrebte Ziel durch Konstruktionen und Unterstellungen zu erreichen, die mit den tatsächlichen Vorgängen nicht in Einklang zu bringen sind. Dieser Vorzug der Verwirkungslehre braucht aber nicht dazu zu führen, den stillschweigenden Verzicht schlechthin als Verlegenheitsaushilfsmittel zu bezeichnen und seiner gänzlichen Beseitigung jugunsten des Verwirkungsbegriffs das Wort zu reden[99]). Ein stillschweigender Verzicht wird immer, aber auch nur da gegeben sein, „wo der wirkliche Rechtsfolgewille des Handelnden Tatbestandsmerkmal ist. Wo dagegen zwar ein konkludentes Verhalten vorliegt und auch eine Wertung von dessen Sinn gemäß der Verkehrsauffassung oder einer anderen Norm in Richtung auf einen anzunehmenden Willen des Handelnden stattfindet, dabei aber stehen geblieben wird ohne Rücksicht darauf, ob letzterer Wille der wirkliche war, und ohne diesem die Möglichkeit der Irrtumsanfechtung zu gewähren, dort liegt angesichts der Unerheblichkeit des Erfolgswillens kein rechtsgeschäftlicher Tatbestand und keine stillschweigende Willenserklärung" bzw. ein stillschweigender Verzicht vor, sondern eine sog. typisierte Erklärung[100]). Hier beginnt der Bereich der Verwirkung durch gegensätzliches Verhalten. Die praktische Auswirkung der Unterscheidung, ob ein Rechtsverlust auf stillschweigender Willenserklärung oder auf Verwirkung beruht, ist vor allem folgende: Wirkungen, die auf Grund eines ohne Rücksicht auf einen Erklärungswillen zu vertretenden Verhaltens eintreten, sind nicht mit der Begründung anfechtbar, daß der Handelnde die sein Verhalten wertende Verkehrsauffassung nicht gekannt habe. Denn wo der Begriff der Willenserklärung entfällt, ist auch kein Raum für die Anfechtung; denn die Anfechtung ermöglicht es, die unter gewissen Voraussetzungen nur schwebende Nichtigkeit eines Geschäfts in eine endgültige zu verwandeln. Für die Anfechtung ist also nur dort Raum, wo ein rechtsgeschäftlicher, d. h. auf Willenserklärungen beruhender Tatbestand gegeben ist. Von einem solchen aber kann dort nicht die Rede sein, wo, wie bei der Verwirkung, der Eintritt einer Rechtsfolge nur von objektiven, vom Willen der Beteiligten unabhängigen Gesichtspunkten abhängig gemacht wird. Auch kann von einer Verwirkung durch „typisierte Erklärung" nur dort die Rede sein, wo es ein Anfechtungsrecht nicht gibt, denn die Anfechtung ist ein widerspruchsvolles Verhalten, während die Verwirkung gerade auf der Unzu-

99) vgl. Manigk, I. u. A. S. 129 bezgl. des umfassenden Begriffs der stillschweigenden Willenserklärung; auch S. 274/5.

100) Manigk, I. u. A. S. 148 ff., 157, 189 schlägt vor, Erklärungshandlungen, die ohne Rücksicht auf einen Erklärungswillen Rechtswirkungen äußern, als „typische Erklärungen mit normierter Wirkung" zu bezeichnen. Hinsichtlich dieser schließt M. die Irrtumsanfechtung aus und unterstellt sie allein objektiven Grundsätzen der Auslegung.

lässigkeit eines solchen Widerspruchs mit dem eigenen Verhalten fußt[101]). In diesem Zusammenhange sei zu der Tatsache, daß neben der Verwirkung noch Raum für Rechtsverlust durch stillschweigende Willenserklärung ist, hingewiesen auf die von Manigk[102]) geprägten Beispiele: Bei der durch Wahlerklärung bewirkten Konzentration der Wahlschuld handelt es sich um stillschweigenden rechtsgeschäftlichen Anschluß eines Rechts durch Wahl eines andern, nicht aber um Verwirkung des nicht gewählten Rechts: Die Wahl des einen Rechts umfaßt die „stillschweigende" Erklärung, daß von dem nicht gewählten Recht Abstand genommen werde; hier ist daher auch Raum für eine etwaige Anfechtung wegen Irrtums. Ebenso folgt bei Zurücksendung des zerrissenen Schuldscheins vom Gläubiger an den Schuldner der Ausschluß späterer Geltendmachung der Forderung nicht aus der Unzulässigkeit eines mit der erfolgten Zerreißung des Schuldscheins in Widerspruch stehenden Verhaltens (der Geltendmachung), sondern daraus, daß die Uebersendung des zerrissenen Schuldscheins den stillschweigenden Erlaß der Forderung mitumfaßt. Ebenso liegt bei der Annahme einer Realofferte gemäß § 151 BGB (Konsumierung oder Verfügung über die Sache) und bei der Annahme einer Erbschaft durch entsprechende Handlung ein Rechtsverlust auf Grund eines Willensgeschäfts vor.

Im Aufwertungsrecht hat die Rechtsprechung, wie wir gesehen haben, zunächst ebenfalls in der vorbehaltlosen Annahme der Papiermarkzahlung durch den Gläubiger einen stillschweigenden Verzicht erblickt und daraus den Ausschluß des Aufwertungsanspruchs gefolgert, dann aber später diese Verzichtskonstruktion als unhaltbar abgelehnt und dafür den Begriff der „Verwirkung des Aufwertungsanspruchs" geprägt. Im Gegensatz zu dieser Entwicklung herrscht im Tarifrecht noch die Verzichtskonstruktion, wird sich aber auch hier der m. E. der Sachlage vielfach mehr gerecht werdenden und im Ergebnis ebenso befriedigenden Verwirkung beugen müssen. Damit soll allerdings nicht gesagt sein, daß zwischen der Figur der „Verwirkung durch gegensätzliches Verhalten" und dem „stillschweigenden Verzicht" bzw. der stillschweigenden Willenserklärung überhaupt ein ausschließlicher Gegensatz besteht; denn es ist zu beachten, daß die von den Anhängern der Verwirkungslehre aufgestellten Formulierungen angesichts ihrer allgemeineren Fassung auch Tatbestände umfassen können, bei denen ein Rechtsverlust sich nicht so sehr aus einem widerspruchsvollen, als vielmehr aus „schlüssigem" Verhalten oder wirklicher stillschweigender Willenserklärung ergibt[103]).

101) vgl. Manigk, I. u. A. S. 155 und S. 155 A. 3.
102) vgl. Manigk, I. u. A. S. 158 ff.
103) vgl. Manigk, I. u. A. S. 186 und 274/75.

5. Die Argumente gegen die Anwendung der Verwirkungslehre im Tarifrecht.

Gegen die Anwendung der Verwirkungslehre auf den Tariflohnanspruch wird folgendes geltend gemacht[104]):

1. Die Verwirkung führt zu einer schweren Gefährdung der Unabdingbarkeit des Tarifvertrags; denn es ist möglich, auch für die Zukunft einen Anspruch zu verwirken[105]).

2. Gegenüber der zwingenden Wirkung der Unabdingbarkeit ist für eine Verwirkung, die auf den §§ 157, 242 BGB fußt, kein Raum; denn gegenüber dem Unabdingbarkeitsprinzip gibt es keine Berufung auf Treu und Glauben.

3. Der Arbeitnehmer, der nach längerer vorbehaltloser Annahme untertariflichen Lohnes den Mehrbetrag zum Tariflohn verlangt, handelt nicht wider Treu und Glauben; denn er macht lediglich ein ihm gesetzlich gewährleistetes Recht geltend. — Das Unterlassen der Einforderung allein aber führt nicht zum Erlöschen des Anspruchs, da für den Arbeitnehmer keine Pflicht zum Handeln besteht. Vielmehr ist dessen Verhalten zu billigen, wenn er, um irgendwelchen Nachteilen zu entgehen, während der Dauer des Arbeitsverhältnisses keine Nachforderung stellt.

4. Im Falle des Vorliegens einer vorherigen Vereinbarung untertariflichen Lohnes für die Zukunft würde durch die nachfolgende Verwirkung eine nichtige Vereinbarung sanktioniert werden.

Diesen Argumenten ist aber folgendes entgegenzuhalten:

Zu 1: Eine Verwirkung für die Zukunft ist begrifflich unmöglich, denn verwirkt werden kann nur ein schon entstandener Anspruch.

Zu 2: Gegenüber dem Grundsatz der Berücksichtigung von Treu und Glauben hat das Unabdingbarkeitsprinzip zurückzutreten; denn dem letzteren, so groß seine Bedeutung im Arbeitsrecht ist, kommt gegenüber der umfassenden Geltung des Grundsatzes der Berücksichtigung von Treu und Glauben nur eine beschränkte und untergeordnete Bedeutung zu; im Falle einer Kollision hat daher das Unabdingbarkeitsprinzip zurückzutreten. § 1 TVVO. ist auch nicht etwa als lex specialis gegenüber § 242 BGB. anzusehen[106]).

Zu 3: Es ist zutreffend, daß der Arbeitnehmer mit der längeren vorbehaltlosen Annahme des geringeren Lohnes allein bzw. mit der Unterlassung der Nachforderung allein nicht wider Treu und

---

104) siehe vor allem Nipperdey, Beitr. S. 52 ff.; Lehrbuch S. 228 ff.; ferner Erdel in SchliWe. 1922, S. 47; Seidel in GuK. 26. Jahrg. S. 220 ff.

105) So nur Erdel a. a. O.

106) vgl. Gieseke a. a. O.; siehe ferner RGZ 85, 117; wo das gleiche von dem Verhältnis zwischen § 242 BGB. und § 394 BGB. gesagt ist; auch § 394 BGB. bezweckt, wie § 1 TVVO. den sozialen Schutz des Arbeitnehmers.

Glauben handelt[107]); daraus allein leitet die Verwirkungslehre aber auch keine Verwirkung ab Wenn aber hinzukommt, daß der Arbeitnehmer seinen Mehranspruch kennt, und trotzdem erst nach unverhältnismäßig langer Zeit seine Nachforderung geltend macht, so kann darin sehr wohl ein Verstoß gegen Treu und Glauben liegen (vgl. das in gleichem Zusammenhange zu der Verwirkung des Aufwertungsanspruchs Gesagte, oben S. 15).

Zu 4: Hier gilt das auf S.32/33 zu dem gleichen, auch gegen die Verzichtslehre erhobenen Vorwurf Gesagte entsprechend; die Verwirkung braucht nicht die Bestätigung einer vorherigen Vereinbarung untertariflichen Lohnes für die Zukunft zu sein, — eine solche liegt ja auch gar nicht immer vor —, weil das Ergebnis bei beiden gleich ist.

II. Die Lohnverwirkung auf Grund der Lohnverwirkungsklausel.

Von ungleich größerer Bedeutung als die im vorstehenden dargestellte „Lohnverwirkung durch gegensätzliches Verhalten" ist die zweite Hauptart der Lohnverwirkung, die Lohnverwirkung auf Grund vertraglicher Vereinbarung in Form der Lohnverwirkungsklausel oder Lohnverwirkungsabrede.

a) Inhalt, Fälle, Zulässigkeit und gesetzliche Beschränkungen der Lohnverwirkungsklausel.

Eine Lohnverwirkungsklausel ist die zwischen dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer getroffene, in den Tarifvertrag, die Arbeitsordnung oder den Einzelarbeitsvertrag aufgenommene Vereinbarung, daß der Arbeitnehmer bei Eintritt eines bestimmten Tatbestandes des Anspruchs auf den verdienten Lohn ganz oder teilweise verlustig gehen soll; in diesem Falle soll also praktisch der an sich auszuzahlende Lohnbetrag um den verwirkten Betrag verringert sein[1]).

Die Tatbestände, von deren Vorliegen der Eintritt der Lohnverwirkung vereinbarungsgemäß abhängig gemacht werden kann, können verschiedener Art sein; die Hauptfälle sind: unberechtigte Auf-

107) vgl. RAG. vom 4. 1. 1928 in Bensh. S. II. (RAG.) No. 1 S. 1 ff. vom S. 12. 28 bei Bensh. IV. (RAG.) Nr. 98 S. 379 ff.; vom 13. 3. 29 in Bensh. S. V (RAG.) Nr. 115, S. 456 ff.; vom 13. 4. 1929 in Bensh. S. VI. (RAG) Nr. 32 S. 130 ff.; ferner LG Kiel vom 28. 10. 1921 in GuK. 27, S. 116/17; siehe auch Sitzler-Goldschmidt S. 36.

1) vgl. Ditges, Arbeitsrecht, 1925. S. 539; Kaskel S. 147/48.

lösung des Arbeitsverhältnisses seitens des Arbeitnehmers, Leistung unbrauchbarer oder fehlerhafter Arbeit, Anrichtung von Schäden an Maschinen, Waren oder Werkzeugen, verspätete Lohneinforderung u. a. m.[2]). Wenn es bei Sitzler-Goldschmidt[3]) heißt, daß nach der Lohnverwirkungsklausel eine Lohnforderung hinfällig sei, falls sie nicht innerhalb einer bestimmten Frist, z. B. innerhalb eines Monats, geltend gemacht werde; wenn ferner Naumann[4]), v. Rohrscheidt[5]) und Sinzheimer[6]) in diesem Zusammenhange nur von dem Falle der rechtswidrigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer sprechen, so werden damit aus der großen Reihe der Fälle, für die eine Lohnverwirkung vereinbart werden kann, nur einzelne herausgegriffen.

Die grundsätzliche Zulässigkeit der Lohnverwirkungsklausel ergibt sich aus dem allgemeinen Grundsatz der Vertragsfreiheit im Verein mit der Tatsache, daß die Vereinbarung einer Lohnverwirkung nirgends im Gesetze untersagt ist. — Die Lohnverwirkungsklausel unterliegt jedoch gewissen gesetzlichen Beschränkungen:[7])

1. Zunächst ist ihre Zulässigkeit durch die für alle Rechtsgeschäfte geltenden Vorschriften der §§ 134, 138 BGB. begrenzt.

2. Nach § 134 GO. in Verb. mit § 133 g und h GO. ist es den Unternehmern gegenüber gewerblichen „Arbeitern" mit Ausnahme der Betriebsbeamten, Werkmeister, Techniker und der in § 154 Ziff. 1 und 3 GO. genannten Personen in Betrieben, in denen in der Regel mindestens 20 Arbeiter beschäftigt werden, untersagt, für den Fall der rechtswidrigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeiter eine Verwirkung des rückständigen Lohnes über den Betrag des durchschnittlichen Wochenlohnes hinaus auszubedingen. Ferner muß, sofern nach Maßgabe dieser Bestimmung eine Verwirkung von Lohnansprüchen durch Arbeitsordnung oder Arbeitsvertrag ausbedungen ist, die Arbeitsordnung nach § 134 b Ziff. 5 GO. Bestimmungen über die Verwendung der verwirkten Beträge enthalten. — Die Bedeutung dieser Bestimmungen ist im einzelnen nicht unumstritten:

Nach der in Rechtslehre und Rechtsprechung weit überwiegenden, m. E. auch zutreffenden Ansicht, enthalten sie lediglich eine Einschränkung der allgemeinen Zulässigkeit der Lohnverwirkungsklausel, die nur für gewerbliche Arbeiter[8]), nur in bestimmten Be-

2) vgl. Schüler a. a. O.
3) Seite 37.
4) a. a. O.
5) Anm. 2 zu § 134 GO.
6) Grundzüge S. 195.
7) Ueber das Verhältnis der Lohnverwirkungsklausel zu den Lohnsicherungsbestimmungen s. u. B. II. c.
8) nicht auch für gewerbliche Angestellte, siehe § 133 g GO.; vgl. Hueck, Lehrbuch I, S. 215.

trieben und nur für den bestimmten Fall rechtswidriger Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer gilt[9]). Insbesondere soll damit nicht bestimmt werden, daß eine Lohnverwirkung allgemein nur für den Fall der rechtswidrigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses vereinbart werden könne. Es soll lediglich der im § 105 GO. ausgesprochene Grundsatz der Vertragsfreiheit im Interesse des Arbeitnehmers eingeschränkt werden. Demgegenüber vertreten Naumann[10]) und v. Rohrscheidt[11]) den Standpunkt, daß in disen Bestimmungen eine allgemeine Regelung der Lohnverwirkungsklausel getroffen, insbesondere, daß eine solche Abrede allgemein nur für den Fall des Vertragsbruchs zulässig sei. Diese Ansicht ist aber nach dem Gesagten abzulehnen.

Bezüglich des „Falles der rechtswidrigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeiter" ist folgendes zu beachten: Die Bestimmung ist inhaltlich scharf abgegrenzt und darf nicht über ihre Grenze hinaus ausgelegt werden; sie trifft nur dann zu, wenn der Arbeiter ohne rechtfertigenden Grund die Arbeit endgültig verläßt; das ist z. B. dann nicht der Fall, wenn er nur vorübergehend der Arbeit fernbleibt und daraufhin nach § 123 Ziff. 3 GO. vom Arbeitgeber endgültig entlassen wird; denn hier hat nicht der Arbeiter, sondern der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aufgelöst, mag auch der Arbeiter die Veranlassung dazu gegeben haben[12]).

Als „durchschnittlicher" Wochenlohn ist bei Akkordverdienst nicht der durchschnittliche Akkordlohn, sondern der reine Tagelohn anzusehen[13]). Die Berechnung des „Wochenlohnes" erfolgt nach dem Jahresdurchschnitt[14]).

Strittig ist endlich, was geschieht, wenn der im § 134 GO. vorgesehene Höchstbetrag der Lohnverwirkung überschritten wird, oder wenn die nach § 134 b Ziff. 5 GO. erforderliche Verwendungsbestimmung fehlt. Kaskel[15]) hält in beiden Fällen die Abrede für

---

9) siehe Grub a. a. O.; Hueck, Lehrbuch I. S. 215; Oertmann, Arbeitslohn, S. 130; von Landmann, Anmerkung 2 i, zu § 115; Matthaei, S. 140; Neukamp S. 336 zu § 134; Schüler a. a. O., Sigel S. 127; Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung S. 92 ff. GG. Chemnitz in Gew.Arch. 9 S. 680; LG Dresden in Gew.Arch. 14 S. 497 ff.; LAG Freiburg in Bensh. S. III; (LAG) S. 21 ff.; Sächs. OVG. in Gew.Arch. 3 S. 648 ff.

10) a. a. O.

11) Anm. 2 zu § 134.

12) vgl. hierzu RAG. vom 11. 7. 28 in Entsch. d. RAG. Bd. 2 S. 129 ff. und in Jahrb. d. A.R. 9, S. 135/36; ferner LAG. Freiburg vom 4. 1. 28 in Bensh. S. III (LAG) S. 21 ff. und in Jahrb. d. A.R. 9 S. 135/36.

13) vgl. GG Altona v. 3. 5. 1927 in Arb.Recht 14 S. 873.

14) vgl. Naumann a. a. O.

15) a. a. O.

wirksam; doch soll sich der Arbeitgeber durch Einziehung und Verwendung der verwirkten Beträge nach § 148 Ziff.11 GO. strafbar machen. — Demgegenüber erklären Hueck[16]) und Gewerbegericht Darmstadt[17]) bei Fehlen der Verwendungsbestimmung in der Arbeitsordnung die Lohnverwirkungsabrede für unwirksam. — v. Landmann[18]) und Schüler[19]) halten in diesem Falle den Arbeitgeber außerdem für strafbar (nach § 148 Ziff. 11 GO.), wenn er die verwirkten Beträge einzieht und verwendet. M. E. sind die Bestimmungen sowohl von §§ 134 GO wie von 134 b Ziff. 5 GO. zwingender Natur. Wenn § 134 die Vereinbarung von Lohnverwirkungen über eine bestimmte Grenze hinaus „untersagt", so ist aus diesem Ausdruck zu entnehmen, daß eine Nichtbeachtung der im § 134 GO. gezogenen Grenze Nichtigkeit der Lohnverwirkungsklausel zur Folge hat, soweit die Vereinbarung die Verwirkung eines den durchschnittlichen Wochenlohn übersteigenden Betrages vorsieht; der Ausdruck der GO: „ist untersagt" entspricht m. E. der Ausdrucksweise des BGB., wenn es davon spricht, daß ein Akt „nicht vorgenommen werden könne"; auch hier ist der gleichwohl vorgenommene Akt nichtig[20]). Die Frage, ob wegen der teilweisen Nichtigkeit der Lohnverwirkungsklausel nach § 139 BGB. die gesamte Vereinbarung nichtig ist, ist zu verneinen, da hier — bei lediglicher Ueberschreitung eines vom Gesetze gezogenen Höchstmaßes — anzunehmen ist, daß die Vereinbarung auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde[21]). — Die Bestimmung ferner des § 134 b Ziff. 5 GO. hat als „Muß"vorschrift m. E. Nichtigkeit der Lohnverwirkungsvereinbarung zur Folge, soweit ihr zuwider gehandelt wird[22]). Fehlt daher in der Arbeitsordnung, wenn nach § 134 Abs. 1 durch Arbeitsordnung oder Arbeitsvertrag eine Verwirkung von Lohnbeträgen ausbedungen wird, eine Bestimmung über die Verwendung der verwirkten Beträge, so ist die Vereinbarung über die Lohnverwirkung insoweit nichtig, als sie die Verwendung der Beträge betrifft; im übrigen ist sie aber nach § 139 BGB. gültig; wenn über die Verwendung gar nichts vereinbart ist, so gilt dasselbe: die Lohnverwirkungsklausel ist nicht nichtig, denn im § 134 b Ziff. 5 GO. wird nur gesagt, was in der Arbeitsordnung stehen muß, nicht, daß ein Fehler der Arbeitsordnung die Lohnverwir-

16) a. a. O.
17) vom 28. 1. 1916 in GuK. 21. Jahrg. S. 143.
18) S. 558 Anm. 6 zu § 134 b.
19) a. a. O.
20) vgl. Enneccerus I, 1 § 51 I, 1.
21) vgl. Enneccerus I, 1 § 189 IV e.
22) Siehe Enneccerus I, 1 § 51 I, 1 über die Ausdrucksweise des BGB.: „Was speziell die Gebotsgesetze betrifft, so ist, wo der Ausdruck „muß" gebraucht wird, das Zuwiderhandeln nichtig".

kungsvereinbarung nichtig macht. Man kann m.E. auch § 134b Ziff. 5 GO. als Formvorschrift auffassen, bei deren Nichtbeachtung die Lohnverwirkungsklausel in dem betreffenden Teil nichtig ist (§ 125 BGB.). — Verwendet endlich der Arbeitgeber Lohnbeträge, die nach einer im Rahmen des § 134 GO. getroffenen Vereinbarung oder auch darüber hinaus verwirkt sind, in einer in der Arbeitsordnung nicht vorgesehenen Weise, so macht er sich auch nach § 148 Ziff. 11 GO. strafbar; dagegen macht sich der Arbeitgeber m.E. nach § 148 Ziff. 11 GO. nicht strafbar, wenn er über den Rahmen des § 134 GO. hinaus Lohnverwirkungen ausbedingt; einer solchen Annahme würde der Wortlaut des § 148 Ziff. 11 GO. widersprechen.

b) Die Lohnverwirkungsklausel und der Tarifvertrag.

Eine praktisch sehr bedeutsame Einschränkung erfährt die vertragliche Ausbedingung von Lohnverwirkungen bei Vorliegen eines Tarifvertrags.

Einmal werden nämlich in den Fällen, in denen der Tarifvertrag selbst Lohnverwirkungsabreden enthält, oder sie auf einen bestimmten Umfang abgrenzt, oder sie für gewisse Fälle überhaupt ausschließt, diese Bestimmungen des Tarifvertrags kraft der Unmittelbarkeitserklärung selbsttätig Bestandteil des einzelnen Arbeitsvertrags. Die Unmittelbarkeitswirkung des Tarifvertrags verhindert also insoweit die Vereinbarung von Lohnverwirkungen im Einzelarbeitsvertrag, als der Tarifvertrag solche ausdrücklich auf einen bestimmten Umfang begrenzt oder ganz ausschließt.

Wenn ferner in der Arbeitsordnung oder im Einzelarbeitsvertrag Lohnverwirkungen vorgesehen sind, ohne daß der geltende Tarifvertrag Bestimmungen über Lohnverwirkungen enthält, so muß doch kraft der Unabdingbarkeitswirkung des Tarifvertrags (§ 1 TVVO.) die Lohnverwirkungsklausel dem Arbeitnehmer stets den tarifmäßigen Lohn belassen, d. h. die Vereinbarung von Lohnverwirkungen ist nur hinsichtlich des den Tariflohn übersteigenden Lohnbetrags wirksam. Hier wird der eigentliche Unterschied zwischen der Verwirkung des Anspruchs auf den Tariflohn durch „gegensätzliches Verhalten“ und der Lohnverwirkung auf Grund einer Lohnverwirkungsklausel ersichtlich; während nämlich, wie wir gesehen haben, die Lohnverwirkung durch „gegensätzliches Verhalten“ das Ziel verfolgt, an sich entstandene Tariflohnansprüche des Arbeitnehmers zu beschränken oder ganz auszuschließen, beläßt die Lohnverwirkung auf Grund einer Lohnverwirkungsklausel dem Arbeitnehmer in jedem Falle den tarifmäßigen Lohn. Diese Folgerung ist von größter praktischer Wichtigkeit: denn sie bedeutet, daß tatsächlich die Lohnverwirkungsklausel immer dann unwirksam

ist, wenn nicht mehr als der Tariflohn versprochen ist, was in den meisten Fällen zutreffen wird. — Die damit aufgeworfene Frage, ob die Unabdingbarkeit des Tarifvertrags der Vereinbarung von Lohnverwirkungen eine Grenze zieht oder sie unberührt läßt, soll im folgenden im Anschluß an die in Rechtslehre und Rechtsprechung lebhaft umstrittene Frage nach dem rechtlichen Charakter der Lohnverwirkungsklausel erörtert werden. Dabei ist vorauszuschicken, daß § 360 BGB. zur Beantwortung dieser Frage nicht herangezogen werden kann, denn die kassatorische Klausel des § 360 BGB. sichert dem Gläubiger ein vertragliches Rücktrittsrecht, dessen Ausübung von dem Willen des Berechtigten, des Gläubigers, abhängt (§ 349 BGB.), und zur Aufhebung des gesamten Vertragsverhältnisses führt (§ 346 BGB.)[23]). Dagegen soll bei der Lohnverwirkungsklausel mit Eintritt eines bestimmten Tatbestandes eine Forderung auf rückständigen Lohn ganz oder teilweise hinfällig werden.

1. Ein Teil der Rechtslehre und Rechtsprechung erklärt den Rechtscharakter der Lohnverwirkungsklausel dahin, daß der Arbeitgeber sich für den Fall des Eintritts des Verwirkungstatbestandes eine bestimmte Geldsumme als Vertragsstrafe versprechen lasse und bei Eintritt der Bedingung mit dem Anspruch auf die Vertragsstrafe gegen den Lohnanspruch des Arbeitnehmers aufrechne, so daß sich der auszuzahlende Lohnbetrag um die zur Aufrechnung gebrachte Vertragsstrafe vermindere; so Matthaei[24]), Titze[25]) und v. Staudinger[26]); auch Hueck[27]) läßt diese Konstruktion insoweit zu, als er analoge Heranziehung des § 394 BGB. empfiehlt. Dieser Konstruktion des bedingten Aufrechnungsvertrags folgen ferner Sigel[28]) und Gewerbegericht Frankfurt[29]), allerdings mit der Besonderheit, daß nach ihnen die vom Arbeitgeber zur Aufrechnung gebrachte Gegenforderung nicht eine für den Eintritt des Verwirkungstatbestandes vereinbarte Vertragsstrafe, sondern eine durch den Verwirkungstatbestand zur Entstehung gelangende Schadensersatzforderung des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer ist[30]). Man dürfe sich, so sagt das GG. Frankfurt a. a. O., nicht an dem Wort „Verwirkung" stoßen, wonach es scheine, also ob nicht eine

23) vgl. Enneccerus I, 2 § 264 I S. 128; Sinzheimer, Lohn u. Anfr. Seite 110.
24) Grundriß S. 140.
25) Ehrenbergs Handb. II. S. 832/33.
26) 2. Bd. 1. Teil, S. 434/35.
27) Lehrbuch I S. 215.
28) Arbeitsvertrag S. 137 ff.
29) vom 17. 5. 1902 in Gew.Arch. 1905 S. 494 ff.
30) Auch Titze läßt es a. a. O. unentschieden, ob eine Schadensersatz- oder Vertragsstrafenforderung zur Aufrechnung gelangt. — Sigel läßt a.a.O. im allgemeinen eine Schadensersatzforderung, und eine Vertragsstrafenforderung nur für den Fall einer Ordnungswidrigkeit des Arbeitnehmers zur Aufrechnung gelangen.

Aufrechnung vorliege, sondern ein völliger Wegfall der Lohnforderung des Arbeitnehmers; das Wort „Verwirkung" sei nicht der Rechtssprache, sondern dem täglichen Leben entnommen; im praktischen Leben aber sage auch ein Arbeitgeber, der nach § 124 b GO. von dem Arbeitnehmer Schadensersatz verlange, dieser habe an ihn keine Ansprüche mehr. Auch dieser Ausspruch entspreche nicht dem rechtlichen Vorgang. — Sigel[31]) weist darauf hin, daß das Bestehen einer Gegenforderung des Arbeitgebers Voraussetzung für die Konstruktion eines bedingten Aufrechnungsvertrags sei; er hält es aber für kaum denkbar, daß eine solche Gegenforderung bei Eintritt des Verwirkungstatbestandes nicht entstehe. — An dieser Stelle ist endlich Lotmar[32]) zu nennen; auch er sieht in der Lohnverwirkungsklausel die Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall des Eintritts des Verwirkungstatbestandes; nach ihm besteht aber die Vertragsstrafe nicht in der Zahlung einer Geldsumme (§ 339 BGB.), die gegen die Lohnforderung des Arbeitnehmers zur Aufrechnung gelangt, sondern darin, daß der Arbeitnehmer es unterläßt, den verwirkten Lohnbetrag einzufordern[33]); dieses Unterlassen ist eine „andere Leistung" im Sinne des § 342 BGB. —

Die Aufrechnung bewirkt, daß die entgegenstehenden Forderungen getilgt werden. Der hierauf gerichtete Aufrechnungsvertrag ist ein gegenseitiger Erlaßvertrag[34]). Danach enthält also die Lohnverwirkungsklausel — wenn man sie als bedingten Aufrechnungsvertrag ansieht — seitens des Arbeitnehmers einen bedingten Erlaß, d. h. der Arbeitnehmer verzichtet von vornherein auf künftig entstehende Lohnansprüche, allerdings unter der Bedingung des Eintritts des Verwirkungstatbestandes. Ein solcher vorheriger Verzicht auf künftige Lohnansprüche verstößt aber, soweit er den tariflich festgelegten Lohn beeinträchtigen würde, gegen den Grundsatz der Unabdingbarkeit des Tarifvertrags: der Tarifvertrag soll dem Arbeitnehmer das Entstehen tarifmäßiger Lohnansprüche sichern; er nimmt ihm allerdings nicht die Möglichkeit, über entstandene Lohnansprüche zu verfügen. Beim vorherigen Verzicht auf seinen Lohn aber verfügt der Arbeitnehmer nicht, wie beim nachträglichen Verzicht (siehe oben S. 32/33) über bereits entstandene Lohnansprüche, sondern schon vor dem Entstehen des Anspruchs vereinbart er mit dem Arbeitgeber, daß der in Zukunft erst entstehende wieder erlöschen soll. Der vor dem Entstehen der Lohnforderung ausgesprochene Verzicht auf diese hat danach praktisch das gleiche

31) a. a. O.
32) Arbeitsvertrag I S. 453.
33) Lotmar sieht also von einer Aufrechnung ab; von einer solchen könnte nach ihm allerdings schon deshalb nicht die Rede sein, weil die beiderseits geschuldeten Leistungen nicht „gleichartig" sind (§ 387 BGB.).
34) vgl. Enneccerus I, 2 § 292 I S. 209.

Ergebnis wie eine vorherige Vereinbarung untertariflichen Lohnes und ist daher mit der Unabdingbarkeit des Tarifvertrags unvereinbar. Für die Zulässigkeit eines Verzichts auf Tariflohnansprüche ist also der Zeitpunkt der Vereinbarung entscheidend: fällt die Vereinbarung zeitlich vor das Entstehen der Lohnforderung, so ist sie als gegen die Unabdingbarkeit verstoßend unwirksam, während sie, wenn sie erst nach Entstehung der Lohnforderung getroffen wird, zulässig ist; ähnlich liegen ja auch bei der Lohnverwirkung durch „gegensätzliches Verhalten" (siehe oben S. 19 ff.) die Umstände, aus denen der Untergang der Tariflohnforderung gefolgert wird, zeitlich nach dem Entstehen der Lohnforderung. Daß bei der Konstruktion des bedingten Aufrechnungsvertrags der vorherige Verzicht des Arbeitnehmers unter einer aufschiebenden Bedingung erfolgt, vermag die Unzulässigkeit des vorherigen Verzichts nicht zu beseitigen.

Die Lohnverwirkungsklausel ist also, wenn man sie als bedingten Aufrechnungsvertrag ansieht, bei Bestehen eines Tarifvertrags nur insoweit wirksam, als sie den übertariflichen Lohn des Arbeitnehmers betrifft. — Gegen diese Konstruktion des bedingten Aufrechnungsvertrags, wobei entweder eine Vertragsstrafen- oder eine Schadensersatzforderung des Arbeitgebers gegen den Lohnanspruch des Arbeitnehmers zur Aufrechnung gebracht wird, sowie gegen Lotmars Standpunkt, daß die Lohnverwirkungsklausel die bedingte Vereinbarung einer Vertragsstrafe sei, die in dem „Unterlassen der Einforderung des Mehrlohnes" durch den Arbeitnehmer bestehe, werden folgende Bedenken erhoben:

a) Lohnverwirkung und Vertragsstrafe sind verschiedene Begriffe; so unterscheidet das Gesetz in § 134 b Ziffer 4 und 5 GO., wo von dem Inhalt der Arbeitsordnung die Rede ist, scharf zwischen Vertragsstrafen[35]) und verwirkten Lohnbeträgen, indem es sie unter verschiedenen Ziffern anführt und einer unterschiedlichen Regelung unterwirft; ferner enthält § 134 b Abs. 2 GO. Sonderbestimmungen über Strafen, die nicht für verwirkte Lohnbeträge gelten; auch § 134 c Abs. 2 Satz 2 GO. gilt nur für Strafen, nicht auch für verwirkte Lohnbeträge. Wenn also auch die Lohnverwirkung in ihrer wirtschaftlichen Auswirkung den Arbeitnehmer als Strafe trifft, so ist doch zwischen dem Rechtscharakter der Lohnverwir-

35) Die Vertreter dieses Arguments (siehe dieselben S. 46 A. 36) gehen damit über die umstrittene Frage hinweg, ob die Strafen des § 134 b Ziff. 4 GO. „Vertragsstrafen" oder aus einer Strafbefugnis des Arbeitgebers abgeleitete Strafen sind; v. Landmann (zu § 134 b Ziff. 5 GO.) hält es gleichwohl für berechtigt, sie als Vertragsstrafen zu bezeichnen, weil sie alle auf Vertrag beruhen; die §§ 339 ff., BGB. können aber nur insoweit auf sie angewandt werden, als sie die Erfüllung der vom Arbeitnehmer im Vertrag übernommenen Leistungen sicherstellen sollen, nicht aber, soweit sie Zucht und Ordnung wahren sollen, also Ordnungsstrafen sind.

kungsklausel und der Vereinbarung einer Vertragsstrafe zu unterscheiden[36]).

b) Abgesehen hiervon versagt der Versuch Lotmars, in dem „Unterlassen der Einforderung" des verwirkten Lohnbetrages eine „andere Leistung" im Sinne des § 342 BGB. und in diesem Unterlassen eine Vertragsstrafe zu sehen. Dem widerspricht einmal der Begriff der Verwirkung, die ipso iure den Untergang der Lohnforderung herbeiführt; nach Lotmar bleibt sie aber bestehen, nur wird sie nicht geltend gemacht. Ferner setzt die Vertragsstrafe nach §§ 339 BGB. ff. das Versprechen einer Geldzahlung oder einer anderen Leistung voraus; darunter fällt der Verlust eines Forderungsrechts, wie ihn die Verwirkung darstellt, nicht[37]).

c) Gegen die Auffassung, daß der Arbeitgeber, wenn nicht eine Vertragsstrafe, so doch eine Schadensersatzforderung gegen den Lohnanspruch des Arbeitnehmers zur Aufrechnung bringe, spricht zunächst wieder das Gesetz selbst, das in den §§ 134, 134 b GO. das Wort „Verwirkung" gebraucht, dagegen in § 124 b GO. in ähnlichem Zusammenhange von „Entschädigung" spricht. Eine Gegenüberstellung dieser beiden Bestimmungen zeigt die Absicht des Gesetzgebers, zwischen „Lohnverwirkung" und „Aufrechnung mit einer Gegenforderung auf Schadensersatz" zu unterscheiden. Nach § 124 b GO. ist der Arbeitgeber, ohne daß es einer Abrede bedarf, bei Vorliegen des erforderlichen Tatbestandes ohne weiteres berechtigt, die genannten Beträge als Entschädigung zu fordern; die Durchführung dieses Anspruchs kann nur im Wege der Aufrechnung erfolgen. Nach den §§ 134, 134 b GO. dagegen ist eine ausdrückliche Abrede erforderlich; sind aber die Voraussetzungen der §§ 134, 134 b GO. gegeben und tritt der Verwirkungstatbestand ein, so ist der ausbedungene Betrag verwirkt, ohne daß es einer Rechtshandlung des Arbeitgebers, wie der Aufrechnungserklärung, bedarf[38]).

d) Die Aufrechnung setzt nach § 387 BGB. das Bestehen einer aufrechenbaren Gegenforderung des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer voraus. Danach versagt die Konstruktion des bedingten Aufrechnungsvertrags, soweit mit einer Schadensersatzgegenforderung aufgerechnet werden soll, in den gewiß häufigen Fällen[39]), in denen der Verwirkungstatbestand zwar eintritt, dem Arbeitgeber aber kein Schaden, mithin auch keine Schadensersatzforderung, gegen den Arbeitnehmer erwächst. Die Lohnverwirkung tritt aber

36) vgl. Kaskel a.a.O.; Naumann a.a.O.; Mundry a.a.O.; Neukamp S. 336 zu § 134; GG. Luckenwalde a.a.O.

37) vgl. Naumann a.a.O.; Sächs. OVG. vom 11.7.1903 in Gew.Arch III. S. 648 ff.

38) vgl. Mundry a.a.O.

39) a.A. Sigel a.a.O., der solche Fälle für kaum denkbar hält.

gleichwohl auch in diesen Fällen vereinbarungsgemäß ein, denn sie ist nur abhängig von dem Eintritt eines bestimmten Tatbestandes; sie bedeutet zwar, wirtschaftlich gesehen, eine Entschädigung des Arbeitgebers, schließt auch die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs nicht aus; sie ist aber von der Entstehung eines solchen Anspruchs nicht abhängig[40]).

e) Die Folge der Aufrechnung ist das Erlöschen der beiderseitigen Forderungen; soweit sie sich decken, gelten sie als in dem Zeitpunkt erloschen. in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind (§ 389 BGB.). Demgegenüber wird aber der Arbeitgeber bei Eintritt der Lohnverwirkung dann nicht ohne weiteres von seiner Zahlungsverpflichtung frei, wenn — siehe § 134 b Ziff. 5 GO. — die Verwendung der verwirkten Beträge dahin geregelt ist, daß sie nicht dem Arbeitgeber verbleiben (dann würde des letzteren Zahlungspflicht erlöschen), sondern einem Dritten, z. B. einer Wohlfahrtseinrichtung, zufließen sollen. In diesem Falle erlischt die Zahlungspflicht des Arbeitgebers nicht, sondern besteht zugunsten eines anderen Forderungsberechtigten weiter. Die gewöhnlichen Folgen der Aufrechnung treten also hier nicht ein[41]).

Von den Argumenten gegen die Konstruktion des bedingten Aufrechnungsvertrags halte ich das unter e) genannte — daß sie nach § 389 BGB. dann versage, wenn die verwirkten Beträge nach einer etwa gemäß § 134 b Ziff. 5 GO. getroffenen Verwendungsbestimmung nicht dem Arbeitgeber bleiben, sondern einem Dritten zufließen — für unbegründet: man kann nämlich annehmen, daß in diesem Falle die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers tatsächlich erlischt, daß letzterer sich für diesen Fall aber verpflichtet hat, einen Betrag in Höhe des verwirkten Lohnes an die betreffende dritte Stelle zu zahlen. Einen ähnlichen Ausweg findet das GG. Frankfurt[42]), das auch sonst der Konstruktion des bedingten Aufrechnungsvertrages folgt:

> „Die Arbeiterunterstützungskasse, der die Beträge regelmäßig zuzuwenden sind, ist kein Rechtssubjekt, das eine selbständige Forderung hätte und gegen das geklagt werden könnte[43]). Sondern der Arbeitgeber ist gegenüber dem Arbeitnehmer allein berechtigt und verpflichtet, er muß den Lohn zahlen, erhält aber im Wege der Aufrechnung seinen Schadensersatz oder Strafbetrag, den er zu bestimmten Zwecken verwenden muß. Zwar werden durch die Aufrechnung die beiden gegenseitigen Forde-

40) vgl. Kaskel a.a.O.; v. Landmann S. 535; Mundry a.a.O.; Naumann a.a.O.; LG Dresden in GuK. 18. Jahrg. S. 131; 19. Jahrg. S. 224.
41) vgl. Naumann a.a.O.; AG. Köln a.a.O.; GG. Luckenwalde a.a.O.
42) vom 17. 5. 1902 in Gew.Arch. IV. S. 494 ff.
43) Es handelt sich hier allerdings um einen Sonderfall, denn es könnte ja auch Verwirkung zugunsten eines Rechtssubjekts ausbedungen sein.

rungen getilgt, aber der Arbeitgeber erhält doch den Strafbetrag in sein Vermögen, indem er den Lohn spart, und ist durch Gesetz[44]) gebunden, ihn irgendwie zu verwenden. Nicht der Lohn, sondern die Strafe fließt in die Unterstützungskasse, während sich die Lohnzahlung durch Aufrechnung vollzieht."

Auch dem rechtlichen Vorgang wird die Konstruktion des bedingten Aufrechnungsvertrags m. E. wohl gerecht, was das GG. Frankfurt a. a. O. bezweifelt; denn auch die Aufrechnung bringt den Passivanspruch zum Erlöschen.

Gleichwohl möchte ich die Konstruktion, nach der die Lohnverwirkungsklausel ein bedingter Aufrechnungsvertrag ist, wobei die mit Eintritt des Verwirkungstatbestandes zur Entstehung gelangende Gegenforderung des Arbeitgebers entweder ein Anspruch auf eine Vertragsstrafe oder ein Schadensersatzanspruch ist, desgleichen den Versuch Lotmars, von einer Aufrechnung abzusehen und die Lohnverwirkungsklausel als bedingte Vereinbarung einer Vertragsstrafe anzusehen, die in dem „Unterlassen der Einforderung des vollen Lohnes" seitens des Arbeitnehmers besteht, ablehnen, und zwar aus folgenden Gründen:

a) Der Gesetzgeber unterscheidet in den §§ 134 b Ziff. 4 und 5 GO. sowie 134 b Abs. 2 und 134 c Abs. 2 Satz 2 GO. (letztere Bestimmungen gelten n u r für Strafen) zwischen Strafen und verwirkten Lohnbeträgen (siehe oben S. 45); das Gesetz spricht zwar nicht ausdrücklich von V e r t r a g s strafen — die Frage nach der Art dieser Strafen ist ja auch umstritten —, es kann sich dabei aber auch um Vertragsstrafen handeln[45]). Ferner deutet § 119 a GO., der den Umfang der Lohneinhaltung zur Sicherung einer verabredeten Strafe regelt, darauf hin, daß der Gesetzgeber die verwirkten Lohnbeträge als etwas von der Vertragsstrafe Verschiedenes ansieht; denn der Umfang einer Lohnverwirkungsvereinbarung ist unabhängig davon im § 134 b GO. geregelt.

b) Die Verwirkung bedingt völligen Untergang des Anspruchs. Dem widerspricht der Versuch Lotmars, das „Unterlassen der Mehreinforderung" als Vertragsstrafe anzusehen. Denn danach bleibt die Lohnforderung bestehen und kann auch an sich noch geltend gemacht werden, nur ist diese Geltendmachung vereinbarungsgemäß ausgeschlossen. — Das U n t e r g e h e n der Lohnforderung bezw. ihr Verlust seitens des Arbeitnehmers ist aber keine „Leistung" im Sinne von § 342 BGB.: der Arbeitnehmer „leistet" hierbei dem Arbeitgeber nichts.

---

44) Der Arbeitgeber ist wohl durch V e r t r a g gebunden, den verwirkten Betrag zu verwenden!

45) vgl. oben S. 45 Anm. 35.

c) Auch Lohnverwirkung und Aufrechnung mit einer Schadensersatzforderung sind vom Gesetzgeber getrennt behandelt: in den §§ 134, 134 b GO. sind der Verwirkung gewisse Grenzen gezogen, während im § 124 b GO. von der Höhe des dem Arbeitgeber aus rechtswidrigem Verlassen der Arbeit durch den Arbeitnehmer gegen letzteren entstehenden Schadensersatzanspruchs die Rede ist (siehe oben S. 46). — Ferner regelt § 119 a GO., ebenfalls getrennt von §§ 134, 134 b GO., den Umfang einer Lohneinbehaltung zur Sicherung eines Schadensersatzanspruches des Arbeitgebers aus der widerrechtlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

e) Vor allem versagt die Konstruktion des bedingten Aufrechnungsvertrags, soweit nach ihr eine Schadensersatzforderung zur Aufrechnung gelangt, in all den Fällen, in denen der Verwirkungstatbestand eintritt, ohne daß dem Arbeitgeber ein Schaden und damit ein Schadensersatzanspruch gegen den Arbeitnehmer erwächst (siehe oben S. 46/47).

2. Eine andere Lehre erklärt den rechtlichen Vorgang bei Abschluß einer Lohnverwirkungsklausel in folgender Weise: der Arbeitnehmer erläßt dem Arbeitgeber seine Lohnforderung ganz oder teilweise unter der aufschiebenden Bedingung des Eintritts des in der Klausel vertragsmäßig festgelegten Tatbestandes. Danach ist also die Lohnverwirkungsklausel nicht ein bedingter gegenseitiger (siehe oben unter 1), sondern ein bedingter einseitiger Erlaßvertrag. Dieser Ansicht sind vor allem Sinzheimer[46]), Oertmann[47]), Hueck[48]), Kreller[49]), Grub[50]); in der Rechtsprechung GG. Chemnitz[51]) und LAG. Freiburg[52]); Sigel[53]) hält einen bedingten Erlaß dann für vorliegend, wenn ausnahmsweise die Voraussetzung einer Aufrechnung, d. h. das Entstehen einer Gegenforderung des Arbeitgebers, nicht gegeben sei. — Weiter gehören hierhin Naumann[54]) und Schüler[55]), die einen bedingten Erlaß zwar für den Fall für vorliegend erachten, daß der Arbeitgeber selbst den verwirkten Betrag behalten soll; wenn aber nach dem Inhalt der Verwendungsbestimmung die verwirkten Beträge einem Dritten zufließen sollen, dann enthält nach ihrer Ansicht die Lohnverwirkungs-

---

46) Grundzüge S. 195; Lohn und Aufr. S. 111.
47) Lohnbeschlagnahme S. 58.
48) Lehrbuch I S. 215; wo er aber auch die Konstruktion des bedingten Aufrechnungsvertrags zuläßt; ferner Anm. zu Bens. S. III (LAG) No. 8.
49) Arch. f. ziv. Prax. 125, 38.
50) a. a. O.
51) vom 17. 9. 1903 in Gew.Arch. IV S. 680.
52) vom 4. 1. 1928 in Bensh. S. III. (LAG) No. 8 S. 21 ff.
53) a. a. O. S. 137 ff.
54) a. a. O.
55) a. a. O.

klausel einen bedingten Vertrag zugunsten eines Dritten: der Arbeitnehmer verzichtet von vornherein für einen bestimmten Fall auf seine Lohnforderung mit der Maßgabe, daß der Lohn nicht mehr an ihn, sondern an einen anderen Empfänger zu zahlen ist. Nach Naumann und Schüler stellt sich also die rechtliche Natur der Lohnverwirkungsklausel als eine zweifache dar, bald als bedingter Erlaßvertrag, bald als Vertrag zugunsten eines Dritten, je nachdem, wie die Verwendung der verwirkten Beträge geregelt ist.

Auch bei der Konstruktion des bedingten Erlaßvertrags ist der Vereinbarung von Lohnverwirkungen durch den Tariflohn eine Grenze gezogen. Der Arbeitnehmer erläßt hier von vornherein dem Arbeitgeber die Verpflichtung zur Befriedigung der erst in Zukunft entstehenden Tariflohnansprüche des Arbeitnehmers, allerdings unter der Bedingung des Eintritts des Verwirkungstatbestandes. Ein solcher Verzicht auf künftige Tariflohnansprüche ist mit dem Grundsatz der Unabdingbarkeit des Tarifvertrags unvereinbar (siehe oben S. 44/45).

Gegen die Konstruktion des aufschiebend bedingten Erlaßvertrags wird folgendes angeführt:

Gegen sie spricht der Ausdruck „Verwirkung", dessen begrifflicher Inhalt eine rechtsgeschäftliche Verfügung des Arbeitnehmers, wie sie der Erlaßvertrag darstellt, ausschließt. Der Abschluß eines derartigen Vertrages würde aber dem Parteiwillen nicht entsprechen. Der Wille des Arbeitnehmers bei Abschluß der Verwirkungsabrede ist nicht darauf gerichtet, in Höhe des Verwirkungsbetrages dem Arbeitgeber die Schuld zu erlassen, also an sich — durch Leistung der Arbeit — die volle Lohnforderung zur Entstehung gelangen zu lassen; sondern er ist für den Fall des Verwirkungstatbestandes nur auf die geminderte Lohnforderung gerichtet, und zwar unmittelbar, nicht erst vermittels einer aufschiebend bedingten rechtsgeschäftlichen Verfügung. Endlich müßte, wenn tatsächlich ein bedingter Erlaßvertrag vorläge, nach § 397 BGB. mit dem Eintritt der Bedingung das Schuldverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erlöschen, d. h. der Arbeitgeber von seiner Zahlungspflicht frei werden; das ist aber dann nicht der Fall, wenn vereinbarungsgemäß ein Dritter Empfangsberechtigter des verwirkten Lohnbetrages ist[56]).

Ich halte diese Argumente nicht für stichhaltig. Einmal steht der Begriff der Verwirkung der Konstruktion des bedingten Erlasses nicht entgegen; auch hier tritt die Verwirkung mit Eintritt des ihr vereinbarungsgemäß zugrunde gelegten Tatbestandes, nicht oder wenigstens nicht unmittelbar auf Grund der Vereinbarung der Parteien ein. Auch hier ist also die Verwirkung als Rechtsverlust vom

56) vgl. Kaskel a. a. O.; von Landmann S. 535; Mundry a. a. O.; Naumann a. a. O.; Schüler a. a. O.

Parteiwillen nicht abhängig. Die Gegenansicht, welche die Verwirkung bei der Konstruktion des bedingten Erlasses als auf Grund der Vereinbarung, nicht auf Grund des vereinbarten Tatbestandes eintretend ansieht, unterscheidet m. E. nicht scharf genug zwischen Lohnverwirkungsabrede (dem bedingten Erlaßvertrag) und Lohnverwirkungstatbestand (dem bedingenden Ereignis). Es läßt sich eine vertragliche Lohnverwirkung überhaupt nicht ohne zugrunde liegende Vereinbarung denken. — Auch legt m. E. die Erlaßkonstruktion dem Willen der Parteien, insbesondere des Arbeitnehmers, keinen übermäßigen Zwang auf: der Arbeitnehmer kann sich wohl bewußt sein, daß sein Lohnanspruch zunächst mit Leistung der Arbeit in voller Höhe entsteht, daß aber mit Eintritt des Verwirkungstatbestandes der Arbeitgeber seiner Lohnzahlungspflicht in vereinbarter Höhe ledig wird. — Endlich halte ich den gegen die Erlaßkonstruktion erhobenen Vorwurf, sie versage nach § 397 BGB. dann, wenn lt. Verwendungsbestimmung die verwirkten Beträge einem Dritten zuzuwenden sind, für nicht durchschlagend; hier gilt das oben S. 47 zu der Konstruktion des bedingten Aufrechnungsvertrags Gesagte entspechend. Man kann nämlich annehmen, daß die Lohnzahlungspflicht dem Arbeitgeber vom Arbeitnehmer tatsächlich erlassen ist, daß der Arbeitgeber sich aber für diesen Fall verpflichtet hat, einen Betrag in Höhe des verwirkten, d. h. erlassenen Lohnes an die betreffende dritte Stelle zu zahlen. Ferner ist zu beachten, daß „Schuldverhältnis" im Sinne des § 397 BGB. dasselbe ist, was von der Seite des Gläubigers Forderung, von der des Schuldners Verpflichtung genannt wird, also ein Einzelanspruch des Gläubigers, eine Einzelpflicht des Schuldners[57]). Der Anspruch des Arbeitnehmers — nur diese Bedeutung hat also in § 397 BGB. das Wort „Schuldverhältnis", ist aber auch erloschen, wenn ein Anspruch eines Dritten an seine Stelle getreten ist.

3. Eine dritte Theorie endlich sieht in der Lohnverwirkungsklausel eine doppelte Lohnvereinbarung: „Die Lohnverwirkungsabrede enthält den Abschluß einer zweiten (Eventual-) Abrede. Es werden hier also von vornherein zwei Lohnabreden getroffen, die ursprüngliche Abrede mit höherem Lohn für den Fall normalen Verlaufs des Arbeitsverhältnisses und die Verwirkungsabrede mit geringerem Lohne für den Fall des Eintritts des Verwirkungstatbestandes. Bei Eintritt des letzteren kommt die normale Lohnabrede daher überhaupt nicht mehr in Frage, sondern nur die Eventualabrede gemäß dem Verwirkungsvertrag". So Kaskel[58]); dieser Theorie folgen ferner

57) vgl. Siber-Planck S. 3; eine andere Bedeutung hat „Schuldverhältnis" z. B. in §§ 273 Abs. 1, 292 Satz 1, 425 Abs. 1 BGB.: „Ein zur Erzeugung von Einzelrechten geeigneter Organismus".

58) S. 47.

Mundry[59]), Neukamp[60]), von Rohrscheidt[61]), AG. Köln[62]) und GG. Luckenwalde[63]); ferner Ditges[64]), der allerdings verlangt, daß die bei Eintritt der Bedingung dem Arbeitnehmer verbleibende Lohnforderung immer noch eine „Lohnforderung" bleiben müsse. Der danach zu fordernde Lohnbetrag müsse der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers angemessen sein. Sei das nicht der Fall, dann dürfe man nicht sagen, daß es sich um zwei verschiedene Lohnabreden handele, von denen die eine resolutiv bedingt sei, z. B. wenn Verwirkung des gesamten rückständigen Lohnes vereinbart sei, oder wenn dem Arbeitnehmer nur ein kleiner Bruchteil seines rückständigen Lohnes verbleiben solle. Hier könne von zwei Lohnforderungen keine Rede sein. Allerdings sei, so meint Ditges, auch in solchen Fällen die Konstruktion der doppelten Lohnabrede anwendbar, indem man dem Arbeitnehmer durch analoge Anwendung des § 343 BGB. das Recht zugestehe, eine Heraufsetzung des ihm bei Eintritt des Verwirkungstatbestandes zu zahlenden Lohnes zu verlangen; § 343 BGB. sei anwendbar, da die Folgen aus dem Vertragsbruch als Strafe für den Arbeitnehmer gedacht seien. — An dieser Stelle sind endlich diejenigen zu nennen, die in der Lohnverwirkungsklausel die Vereinbarung eines von vornherein auflösend bedingten Lohnanspruchs sehen: v. Landmann[65]), Oertmann[66]), OLG. Colmar[67]) und LG. Dresden[68]); nach ihnen wird durch die Lohnverwirkungsklausel die Lohnforderung von der echten Bedingung abhängig gemacht, daß der Arbeitnehmer bis zum Zeitpunkt der tatsächlichen Lohnauszahlung vertragstreu bleibt. Es wird also „für den zunächst entstandenen Lohnanspruch durch die Abrede ein demnächstiger weiterer Tatbestand mit vernichtender Wirkung ausgestattet"[69]). Diese Vereinbarung eines von vornherein bedingten Lohnanspruchs bedeutet dann dasselbe wie die doppelte Lohnabrede, wenn die Verwirkung nicht den gesamten rückständigen Lohn trifft.

Auch bei der Konstruktion der doppelten Lohnabrede ist die Vereinbarung von Lohnverwirkungen nur hinsichtlich des den Ta-

59) N.Z.f.A.F. 7. Jahrg. S. 211 ff.
60) S. 273 zu § 119 a.
61) Anm. 2 zu § 134.
62) vom 24. 12. 1900 in Gew.Ger. VI S. 123.
63) vom 29. 8. 1907 in Gew.Arch. VII S. 308.
64) Arbeitsrecht XII. S. 539.
65) Vorbem. zu § 134 GO. S. 535; Anm. 2 i zu § 115 S. 314.
66) Arbeitslohn, S. 130; vgl. Schuldverh. Anm. 4 d zu § 394: „Der Lohnanspruch wird für gewisse Fälle von vornherein gemindert"; er spricht allerdings in Lohnbeschlagnahme S. 58 von „bedingtem Erlaß".
67) vom 6. 12. 07 in OLGE. 17, 406.
68) vom 30.5.1913 in GuK. 19. Jahrg. S. 224 und in Gew.Arch. 14 S. 497 ff.
69) Oertmann, Arbeitslohn, S. 130.

riflohn überschießenden Lohnbetrags wirksam; denn die für den Fall des Eintritts des Verwirkungstatbestandes getroffene Eventuallohnabrede würde, wenn sie dem Arbeitnehmer nicht mindestens den Tariflohn belassen würde, gegen den Grundsatz der Unabdingbarkeit des Tarifvertrages verstoßen; sie würde als Vereinbarung untertariflichen Lohnes für die Zukunft eine arbeitsvertragliche Vereinbarung darstellen, die gegen die tarifliche Regelung verstößt.

Die Gegner der Konstruktion der doppelten Lohnabrede[70]) werfen ihr vor, daß sie formalistisch sei und der wahren Natur des Vorgangs bei Abschluß der Lohnverwirkungsklausel nicht gerecht werde; auch habe sie sozial unerfreuliche Wirkungen, da sie den Zweck der gesetzlichen Lohnsicherungsvorschriften vereitele. Ferner wird ihr vorgeworfen, daß sie beim Vorliegen eines Tarifvertrags dem Arbeitnehmer mindestens den Tariflohn belassen müsse, d. h. also meist wirkungslos sei. Endlich versage sie dann, wenn auf Grund einer entsprechenden Verwendungsbestimmung der Arbeitgeber den verwirkten Lohnbetrag an eine dritte Stelle abzuführen habe; denn in diesem Falle sei von zwei verschiedenen Lohnabreden nicht mehr die Rede, vielmehr sei die Lohnforderung vor und nach Eintritt des Verwirkungstatbestandes gleich hoch; nur sei der Arbeitgeber in letzterem Falle verpflichtet, den Lohn ganz oder teilweise einem anderen Berechtigten auszuzahlen[71]).

Dem ist aber folgendes entgegenzuhalten: Die Konstruktion der doppelten Lohnabrede gibt dem Vorgang bei Abschluß der Lohnverwirkungsklausel eine nicht weniger einfache Deutung als die anderen Konstruktionen, vor allem die Konstruktion des bedingten Aufrechnungsvertrags. Insoweit ist der gegen sie erhobene Vorwurf des Formalismus m. E. nicht gerechtfertigt. Wenn ferner gegen die Konstruktion der doppelten Lohnabrede gesagt wird, sie sei in ihrer Stellungnahme zu den gesetzlichen Lohnsicherungsvorschriten formalistisch, werde deren Zwecken nicht gerecht und habe deshalb sozial unerfreuliche Wirkungen, so ist auf diesen Vorwurf weiter unten bei der Erörterung des Verhältnisses zwischen der Lohnverwirkungsklausel und den Lohnversicherungsvorschriften einzugehen (siehe unten B II c). — Daß bei Vorliegen eines für die Beteiligten verbindlichen Tarifvertrags die Lohnverwirkungsklausel dem Arbeitnehmer mindestens den Tariflohn belassen muß, ist eine Folgerung, die sich nach dem oben Gesagten auch bei den anderen Konstruktionen ergibt. — Die Konstruktion der doppelten Lohnabrede versagt endlich m. E. dann nicht (wie ihre Gegner meinen), wenn vereinbarungsgemäß die verwirkten Beträge nicht dem Arbeitgeber verbleiben, sondern an einen Dritten gezahlt werden sol-

70) vor allem Oertmann und Hueck.

71) vgl. Grub a. a. O.; Hueck, Lehrbuch I. S. 215 u. Anm. zu Bensh. S. III (LAG) S. 21 ff.; Oertmann, Arbeitslohn, S. 130; Schüler a. a. O.

len. Einerseits kann man m. E. auch hier von zwei verschiedenen Lohnabreden sprechen, da die beiden Lohnabreden zwar hinsichtlich der Höhe des Lohnes übereinstimmen, aber in der Person des Empfangsberechtigten eine Verschiedenheit aufweisen; bei der Hauptabrede ist es der Arbeitnehmer, bei der Eventualabrede die betreffende dritte Stelle. Andererseits kann man den Vorgang dahin erklären, daß für den Fall der Verwirkung tatsächlich eine geringere Lohnabrede Platz greift, der Arbeitgeber sich aber für seine Person verpflichtet, Beträge in Höhe der Differenz zwischen dem eigentlichen und dem Eventuallohn an den Dritten zu entrichten. — Wenn endlich Ditges[72]) meint, daß die Eventualabrede dem Arbeitnehmer immer noch einen „Lohn" belassen müsse, d. h. daß auch der im Verwirkungsfalle an den Arbeitnehmer zur Auszahlung gelangende Betrag seiner Arbeitsleistung angemessen sein müsse, so ist allerdings zuzugeben, daß streng genommen von einer „Lohn"abrede nicht die Rede sein kann, wenn dem Arbeitnehmer nach der Vereinbarung für den Fall der Verwirkung nur ein ganz geringer Betrag oder gar nichts von dem für die betreffende Lohnperiode rückständigen Lohn verbleibt. Doch ist „doppelte Lohnabrede" lediglich eine Bezeichnung, an deren Mängeln in gewissen Fällen die Konstruktion als solche nicht zu scheitern braucht. —

Wie man also auch den Rechtscharakter der Lohnverwirkungsklausel erklären will, in jedem Falle ist sie bei Vorliegen eines Tarifvertrags nur insoweit wirksam, als die in ihr vorgesehene Verwirkung sich auf den Lohnbetrag des Arbeitnehmers bezieht, der den Tariflohn übersteigt.

Was die einzelnen Konstruktionen von dem Rechtscharakter der Lohnverwirkungsklausel in ihrem Verhältnis zueinander angeht, so weisen sie m. E. keine wesentlichen und tiefgreifenden Unterschiede voneinander auf: einmal unterscheiden sich die Konstruktionen des bedingten Aufrechnungs- und des bedingten Erlaßvertrags nur dadurch voneinander, daß letztere nicht, wie die erstere, eine Gegenforderung des Arbeitgebers gegen die Lohnforderung des Arbeitnehmers vorsieht, m. a. W.: es liegt bei ersterer ein gegenseitiger, bei der letzteren ein einseitiger Erlaßvertrag vor.

Ferner verschwinden auch die Grenzen zwischen der Konstruktion des bedingten Erlaßvertrags und der Konstruktion der doppelten Lohnabrede, wenn man bedenkt, daß bedingter Erlaß (bei der ersteren) und auflösend bedingtes Versprechen (bei der letzteren bezüglich der Hauptabrede) dasselbe bedeuten. „Die Willenserklärung, welcher die Bedingung hinzugefügt wird, kann namentlich gerichtet sein auf Wiederaufhebung des durch eine andere gleichzeitige Willenserklärung erzeugten Rechtsverhältnisses. In diesem

72) a. a. O.

letzteren Falle spricht man von einer auflösenden (Resolutiv-)Bedingung. In der Tat ist es nicht die Bedingung, welche auflöst, sondern die Willenserklärung, welcher die Bedingung hinzugefügt ist; die sog. auflösende Bedingung ist genauer betrachtet eine auf Wiederaufhebung der Wirkungen der Hauptwillenserklärung gerichtete, aufschiebend bedingte Nebenwillenserklärung"[73]). Danach besteht rechtlich kein Unterschied zwischen dem bedingten Erlaß der Lohnforderung und dem nach der Theorie der doppelten Lohnabrede auflösend bedingten Abschluß der Hauptlohnabrede.

c) Die Lohnverwirkungsklausel und die Lohnsicherungsbestimmungen.

Das Verhältnis einer Lohnverwirkungsklausel zu den gesetzlichen Lohnsicherungsbestimmungen in § 394 BGB., im „Gesetz betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes vom 21. Juni 1869" (LBG.) und in der „Verordnung über Lohnpfändung vom 25. Juni 1919" (LPfVO.) bildet ein lebhaft umstrittenes Problem des Arbeitsrechts im Hinblick auf die Tendenz der modernen Gesetzgebung, den wirtschaftlich schwachen Arbeitnehmer vor Beeinträchtigungen seines Arbeitslohnes möglichst weitgehend zu schützen[74]). Die Beziehungen zwischen der Lohnverwirkungsklausel und den genannten gesetzlichen Bestimmungen sind im folgenden jeweils im Anschluß an die verschiedenen Konstruktionen von dem Rechtscharakter der Lohnverwirkungsklausel zu erörtern, da sich dabei im einzelnen bei den einzelnen Konstruktionen gewisse Abweichungen ergeben.

1. Nach § 394 Satz 1 BGB. findet, soweit eine Forderung der Pfändung nicht unterliegt, die Aufrechnung gegen die Forderung nicht statt. Soweit also eine Pfändung des Lohnes des Arbeitnehmers ausgeschlossen ist, kann der Arbeitgeber etwaige ihm gegen den Arbeitnehmer zustehende Gegenforderungen nicht vom Lohne des letzteren abziehen. — Es entsteht die Frage, ob auch die Lohnverwirkung als Folge der Lohnverwirkungsklausel der Aufrechnungsbeschränkung des 394 BGB. unterliegt. Sieht man die Klausel als aufschiebend bedingte Vereinbarung einer Aufrechnung mit einer Gegenforderung (Anspruch auf Vertragsstrafe oder Schadensersatzforderung) des Arbeitgebers an, so ist diese Frage zu bejahen; in diesem Falle muß also dem Arbeitnehmer auch bei Eintritt des Verwirkungstatbestandes zum mindesten der unpfändbare Teil des Lohnes verbleiben[75]).

---

73) Windscheid-Kipp § 86 S. 455.
74) vgl. Mundry a. a. O.
75) vgl. Ditges a. a. O.; ferner GG. Frankfurt vom 17. 5. 1902 in Gew. Arch. IV. S. 494 ff.

Dagegen kommen die Anhänger der Konstruktionen des beding= Erlaßvertrages und der doppelten Lohnabrede naturgemäß zu dem Ergebnis, daß § 394 BGB. auf die Lohnverwirkung keine Anwen= dung findet[76]); denn nach ihnen liegt in der Tat eine Aufrechnung mit irgendeiner Gegenforderung des Arbeitgebers gegen die Lohn= forderung des Arbeitnehmers nicht vor[77]); nach ihnen kann also, ungeachtet der Bestimmungen des 394 BGB., von der vertraglichen Lohnverwirkung auch der unpfändbare Lohnteil ergriffen werden. Allerdings sprechen sich Hueck[78]) und LAG. Freiburg[79]) in die= sem Falle für eine wenigstens analoge Anwendung des § 394 BGB. aus, weil nur dadurch dem sozialpolitischen Zweck des Aufrech= nungsverbots Rechnung getragen werden könne; dagegen hält Oertmann[80]) eine analoge Anwendung des § 394 BGB. bei sei= nem offenbaren Ausnahmecharakter für bedenklich. Eine solche Anwendung ist auch m. E. nicht erforderlich, da bei den Konstruk= tionen des bedingten Erlasses und der doppelten Lohnabrede an= dere Beschränkungen für den Umfang der Verwirkungsvereinba= rung durch Lohnsicherungsbestimmungen Platz greifen (siehe weiter unten).

Selbst wenn man aber annimmt, daß die Lohnverwirkung nach § 394 BGB. nur den pfändbaren Lohnteil erfassen kann, besteht eine Ausnahme hiervon dann, wenn der Verwirkungstatbestand gleichzeitig eine vorsätzliche Vertragsverletzung oder eine vorsätz= liche Schadenszufügung durch den Arbeitnehmer enthält. In diesem Falle kann auch der unpfändbare Lohnteil von der Verwirkung erfaßt werden; das gebietet die Rücksicht auf Treu und Glauben, wodurch § 394 BGB. als Einzelbestimmung ausgeschaltet werden kann; so hat sich das Reichsgericht in RGZ. 85, 116 ff. dahin aus= gesprochen, daß die Aufrechnungsbeschränkung des § 394 BGB. dann nicht Platz greife, wenn die Gegenforderung gegen den Ar= beitnehmer sich auf eine vorsätzliche und strafbare unerlaubte Handlung gegen den Arbeitgeber stütze; gegenüber der Berufung auf § 394 BGB. bestehe die Replik der Arglist[81]). Das Reichsgericht spricht zwar hier nur von vorsätzlichem und strafbarem un= erlaubten Handeln, nicht schlechthin von vorsätzlichem unerlaub=

---

76) Ebenso auch Lotmar I. S.464, der ja auch keine Aufrechnung vor= sieht.

77) vgl. Mundry a. a. O.; Oertmann, Schuldverh. Anm. 4 d zu § 394; Sinzheimer, Grundzüge, S. 195; LG Dresden vom 30. 5. 1913 in Gew. Arch. XIV. S. 497 ff.; GG. Reichenbach i. V. vom 6. 10. 04 in Gew.Arch. V. Seite 119.

78) Lehrbuch I. S. 215.

79) vom 4. 1. 1928 in Bensh. S. 111. (LAG) S. 21 ff.

80) Schuldverh. zu § 394.

81) vgl. auch Hueck, Lehrbuch I. S. 210; Oertmann, Arbeitsvertrag, Seite 121.

ten Handeln und nicht von vorsätzlicher Vertragsverletzung, aber die Rücksicht auf Treu und Glauben verbietet in allen diesen Fällen vorsätzlichen und rechtswidrigen Handelns, dem Arbeitnehmer die Berufung auf § 394 BGB. zu geben.

Es ist hier endlich noch die Frage zu erörtern, in welchem Verhältnis § 394 BGB., falls er auf die Lohnverwirkung Anwendung findet, zu § 134 GO. steht, der für bestimmte Betriebe und Arbeitnehmer den Umfang der vereinbarten Lohnverwirkung begrenzt. Wenn man nämlich § 134 GO. als lex specialis gegenüber § 394 GBG. ansieht[82]), so kommt man zu dem Ergebnis, daß alle Lohnverwirkungen, die im Rahmen der Bestimmungen des § 134 GO. vereinbart werden, auch den unpfändbaren Lohnteil des Arbeitnehmers erfassen können, ohne durch § 394 BGB. gehemmt zu sein. Wenn man dagegen davon ausgeht, daß § 134 GO. die Lohnverwirkungsklausel nicht statuiert, sondern in ihrem Umfang begrenzt, dann muß sich ergeben, daß § 134 GO. keine Ausnahme von § 394 BGB. darstellt; denn wenn die Lohnverwirkungsklausel allgemein der Beschränkung des § 394 BGB. unterworfen wird, dann muß Entsprechendes auch mit dem Sonderfall des § 134 GO. geschehen[83]). Eine andere Entscheidung würde auch m. E. nicht der Absicht des Gesetzgebers entsprechen; § 134 GO. soll im Interesse der Arbeitnehmer die Vereinbarung von Lohnverwirkungen einschränken; diesem Zwecke würde es zuwiderlaufen, wenn alle im Rahmen des § 134 GO. vereinbarten Lohnverwirkungen nicht unter § 394 BGB. fallen würden; denn auch § 394 BGB. dient dem Schutze des Arbeitnehmers und erfaßt alle sonstigen Lohnverwirkungsabreden.

2. Nach § 1 des Lohnbeschlagnahmegesetzes vom 21. Juni 1869 darf die Vergütung (Lohn, Gehalt, Honorar usw.) für Arbeiten oder Dienste, welche auf Grund eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses geleistet werden,.... zum Zwecke der Sicherstellung oder Befriedigung eines Gläubigers erst dann mit Beschlag belegt werden, nachdem die Leistung der Arbeiten oder Dienste erfolgt, und nachdem der Tag, an welchem die Vergütung gesetzlich, vertrags- oder gewohnheitsmäßig zu entrichten war, abgelaufen ist, ohne daß der Vergütungsberechtigte dieselbe eingefordert hat. — Den Umfang, in welchem die Vergütung der Pfändung unterliegt, regelt die Lohnpfändungsverordnung vom 25. Juni 1919[84]). — Nach § 2 Abs. 1 LBG. können die Bestimmungen des § 1 nicht mit rechtlicher Wirkung ausgeschlossen oder beschränkt werden. Ferner ist nach § 2 Abs. 2 LBG., soweit nach den Bestimmungen des § 1 die Beschlag-

82) vgl. u. a. GG. Reichenbach a. a. O.
83) vgl. auch GG. Frankfurt vom 17. 5. 02 a. a. O.
84) siehe auch § 850 Ziff. 1 ZPO.

nahme unzulässig ist, auch jede Verfügung durch Zession, Anweisung, Verpfändung oder durch ein anderes Rechtsgeschäft ohne rechtliche Wirkung.

Die Frage, ob durch die genannten gesetzlichen Bestimmungen auch die Lohnverwirkungsklausel betroffen wird, ist umstritten. Ihre Beantwortung ist bei der im Vergleich zu den gegenwärtigen Löhnen verhältnismäßig hohen Pfändungsgrenze für die praktische Bedeutung einer Lohnverwirkungsklausel von erheblicher Wichtigkeit[85]). Die Frage ist gleichbedeutend mit derjenigen, ob die Lohnverwirkungsklausel seitens des Arbeitnehmers eine „Verfügung" über seinen Lohnanspruch im Sinne des § 2 Abs. 2 LBG. enthält. Bejaht man diese Frage, so ist die Lohnverwirkungsklausel nur hinsichtlich des pfändbaren Lohnteils wirksam; im Falle ihrer Verneinung aber kann auch der unpfändbare Lohnteil von der Lohnverwirkungsklausel erfaßt werden. Bei der Beantwortung auch dieser Frage äußert sich wiederum der Unterschied zwischen den einzelnen Konstruktionen von dem Rechtscharakter der Lohnverwirkungsklausel.

Unter „Verfügung" versteht das geltende Recht „jede Willenserklärung, durch welche unmittelbar über ein Recht verfügt wird, also das Recht aufgehoben, übertragen, belastet oder in seinem Inhalt verändert wird, es bestehe denn diese Vereinbarung lediglich in einer Erweiterung oder Verstärkung"[86]). Darüber hinausgehend meint K r e l l e r[87]), daß die „Verfügung" im Sinne des im Jahre 1869 erlassenen Lohnbeschlagnahmegesetzes nicht nur „Verfügungen" im heutigen Sinne, sondern auch jede „Disposition" und nur diese umfasse. — Aus dem Zweck des Lohnbeschlagnahmegesetzes, den Arbeitnehmer vor Leistung der ihm obliegenden Dienste und vor Ablauf des Fälligkeitstages möglichst weitgehend von nachteiligen Einwirkungen auf seinen Lohnanspruch zurückzuhalten, sowie daraus, daß in § 2 Abs. 2 LGB. als Beispiele für eine Verfügung Zession, Anweisung und Verpfändung genannt werden, möchte ich entnehmen, daß der Verfügungsbegriff des Lohnbeschlagnahmegesetzes alle Willenserklärungen umfaßt, durch welche der Arbeitnehmer in für ihn nachteiliger Weise auf seinen Lohnanspruch einwirken kann, zum mindesten also alle „Verfügungen" im heutigen Sinne.

Sieht man in der Lohnverwirkungsklausel die bedingte Vereinbarung einer Aufrechnung mit einer Gegenforderung des Arbeitgebers gegen die Lohnforderung des Arbeitnehmers, dann enthält die Lohnverwirkungsklausel ohne Zweifel seitens des Arbeitnehmers eine „Verfügung" über seinen Lohnanspruch im Sinne von

85) vgl. M u n d r y a. a. O.
86) siehe E n n e c c e r u s I, 1 S. 342 § 134 I.
87) a. a. O. S. 37/38.

§ 2 Abs. 2 LGB.; denn die Willenserklärung des Arbeitnehmers bewirkt, daß sein zunächst entstandener Lohnanspruch wieder aufgehoben wird und zwar durch Aufrechnung des Arbeitgebers mit einer Gegenforderung. Daß die Aufrechnung bedingt vereinbart wird, ändert daran nichts[88]). Hiernach ist also die Lohnverwirkungsklausel insoweit ohne rechtliche Wirkung, als sie eine Lohnverwirkung über den pfändungsfeien Lohnteil hinaus vorsieht.

Zu unterscheiden von der Lohnverwirkungsklausel als Aufrechnungsvertrag, der also in seiner rechtlichen Wirksamkeit an die Beschränkungen des Lohnbeschlagnahmegesetzes gebunden ist, ist die auf Grund der Klausel bei Eintritt des vertraglich zugrunde gelegten Tatbestandes eintretende Verwirkung selbst; da diese (siehe oben S. 55) der Beschränkung des § 394 BGB. unterliegt, greifen bei der Konstruktion des bedingten Aufrechnungsvertrages die Beschränkungen sowohl des § 394 BGB. als auch des Lohnbeschlagnahmegesetzes Platz. Bei dieser Konstruktion ist also der dem Arbeitnehmer vom Gesetz gewährte Schutz gegen Lohnverwirkungen ein doppelter.

Auch bei der Konstruktion eines aufschiebend bedingten Erlaßvertrags enthält die Lohnverwirkungsklausel eine „Verfügung" des Arbeitnehmers über seinen Lohnanspruch. Der an sich als entstanden gedachte Lohnanspruch wird für den Eintritt der Bedingung erlassen, d. h. das Recht wird im voraus aufgehoben[89]). Auch hier ist also die Lohnverwirkungsklausel nur insoweit wirksam, als sie sich auf den pfändbaren Teil des Lohnes bezieht.

Aus diesem Grunde ist es m. E. auch unnötig, bei der Konstruktion des bedingten Erlaßvertrags einer analogen Anwendung des § 394 BGB. das Wort zu reden[90]). Was nämlich damit erreicht werden soll, tritt schon nach § 2 Abs. 2 LGB. ein.

In einem Falle soll aber die Lohnverwirkungsklausel als „Verfügung" auch insoweit wirksam sein, als sie den unpfändbaren Teil des Lohnes erfaßt, nämlich dann, wenn die Lohnverwirkung auf einem vorsätzlichen vertragswidrigen Verhalten des Arbeitnehmers beruht. Einem solchen gegenüber haben nach Treu und Glauben die Beschränkungen des LGB. zurückzutreten[91]). Diese

---

88) vgl. Oertmann, Lohnbeschlagnahme S. 59; Sinzheimer, Grundzüge, S. 95; Lohn und Aufrechnung S. 19; GG. Berlin vom 24. 3. 1924 in SchliWe. VI S. 61; AG Köln vom 24. 12. 00 in Gew.Ger. VI. S. 123.

89) vgl. Naumann a. a. O.; Hueck, Lehrb. S. 215; Oertmann, Arb. Vertragsr. S. 182; Lohnbeschlagn. S. 58; Titze a. a. O. S. 832/33; Sinzheimer, Grundzüge S. 195; Lohn u. Aufr. S. 114; Ditges a. a. O.; Grub a. a. O.; Schüler IX. S. 680; GG. Berlin v. 24.3.24 in SchliWe. VI. S. 61; LAG Freiburg v. 4. 1. 28 a. a. O.

90) So Hueck (allerdings nur alternativ) a. a. O. und LAG. Freiburg a. a. O.

91) vgl. Grub a. a. O.; Hueck, Lehrb. I. S. 215; GG. Berlin a. a. O.

Ausnahme entspricht derjenigen, die (siehe oben S. 56—57) auch von § 394 BGB. bei vorsätzlichem, rechtswidrigen Handeln des Arbeitnehmers gemacht wird, und stützt sich wie diese vor allem auch auf die schon genannte Reichsgerichtsentscheidung in RGZ 85, 116 ff., wonach eine Berufung auf § 394 BGB. nicht angängig ist, wenn sie wider Treu und Glauben verstoßen würde. Danach haben in der Tat auch die Bestimmungen des Lohnbeschlagnahmegesetzes gegenüber der Berücksichtigung von Treu und Glauben zurückzutreten, d. h. bei vorsätzlichem rechtswidrigen Verhalten des Arbeitnehmers kann die für diesen Fall vereinbarte Lohnverwirkung auch den pfändungsfreien Lohnbetrag erfassen. Auch gegenüber dem Lohnbeschlagnahmegesetz ist die Berücksichtigung von Treu und Glauben das überwiegende Prinzip.

Im Gegensatz zu den Konstruktionen des bedingten Aufrechnungs- und des bedingten Erlaßvertrags nehmen die Anhänger der Konstruktion der doppelten Lohnabrede an, daß die Lohnverwirkungsklausel keine „Verfügung" des Arbeitnehmers über seinen Lohnanspruch enthalte. Ihre Begründung ist folgende: Eine Verfügung über einen Anspruch setzt voraus, daß ein solcher besteht; wenn er nicht besteht, kann auch nicht über ihn verfügt werden. Bei der doppelten Lohnabrede tritt mit Eintritt des Verwirkungstatbestandes ohne weiteres die für diesen Fall von vornherein getroffene Eventuallohnabrede in Kraft; in Höhe des Verwirkungsbetrages ist nach ihr ein Lohnanspruch gar nicht zur Entstehung gelangt, also auch eine Verfügung über ihn nicht denkbar. Auch die ursprüngliche Lohnabrede (für den Fall ordnungsmäßigen Verhaltens des Arbeitnehmers) ist von vornherein unter auflösender Bedingung getroffen; mit Eintritt des Verwirkungstatbestandes tritt sie ipso iure außer Kraft; von einer rechtsgeschäftlichen Verfügung über einen auf ihr beruhenden Lohnanspruch kann also nicht die Rede sein[92]).

Danach ist also bei der Konstruktion der doppelten Lohnabrede die Lohnverwirkungsklausel auch insoweit rechtlich wirksam, als die in ihr vorgesehene Verwirkung den pfändbaren Teil des Arbeitslohns übersteigt; die Beschränkungen des Lohnbeschlagnahmegesetzes gelten für sie nicht. — Dieser Auffassung vermag ich jedoch nicht beizutreten:

Der von vornherein unter auflösender Bedingung erfolgte Abschluß der ursprünglichen Lohnabrede ist dasselbe wie ein bedingter Erlaß (siehe oben S. 54/55), also eine Verfügung über den in Zukunft erst entstehenden Lohnanspruch im Sinne von § 2 Abs. 2 LBG. Die Verfügung liegt also zwar nicht in dem Abschluß der

92) vgl. Mundry a. a. O.; LG. Dresden in Gew.Arch. XIV. S. 497 ff. und in GuK. XIX, S. 224.

Eventualabrede, sondern in dem gleichzeitig erfolgenden, auflösend bedingten Abschluß der Hauptlohnabrede. „Es handelt sich nicht darum, daß[93]) der Lohnanspruch in Höhe des Verwirkungsbetrages überhaupt nicht entsteht, sondern darum, daß für den[94]) zunächst entstandenen durch die Abrede von vornherein ein demnächstiger weiterer Tatbestand mit vernichtender Wirkung ausgestattet wird"[95]). — Der von Grub[96]), Hueck[97]), Oertmann und LAG. Freiburg[98]) gegen die Konstruktion der doppelten Lohnabrede erhobene Vorwurf des Formalismus ist daher m. E. nicht gerechtfertigt, da er sich gegen die Annahme richtet, bei dieser Konstruktion finde das Lohnbeschlagnahmegesetz keine Anwendung.

Auch bei der Konstruktion der doppelten Lohnabrede ist demnach die Lohnverwirkungsklausel nur insoweit für wirksam zu erachten, als sie sich auf den pfändbaren Teil des Lohnes bezieht; hiervon besteht eines Ausnahme nach Treu und Glauben dann, wenn (siehe oben S.56, 60) die Verwirkung auf vorsätzlichem rechtswidrigen Verhalten des Arbeitnehmers beruht. Es trifft aber m. E. nicht den Kern der Sache, wenn GG. Frankfurt[99]) und GG. Reichenbach[100]) es aus folgenden Gründen ablehnen, die Bestimmungen des Lohnbeschlagnahmegesetzes auf eine Lohnverwirkungsklausel anzuwenden: „Die Lohnverwirkungsabrede enthält zwar seitens des Arbeitnehmers eine Verfügung über seinen Lohnanspruch im Sinne des § 2 Abs. 2 LBG., eine solche ist aber nur insoweit ohne rechtliche Bedeutung, als nach § 1 LBG. die Beschlagnahme des Lohnes unzulässig ist. § 1 LBG. aber spricht nur von der Beschlagnahme „zum Zwecke der Sicherstellung oder Befriedigung eines Gläubigers". Nach dem Wortlaut kann auch der Arbeitgeber Gläubiger sein. Nach der Tendenz des Gesetzes kann dieser Gläubiger aber nur ein Dritter, nicht der Arbeitgeber sein. Auf das Verhältnis zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer beziehen sich also die Bestimmungen des Lohnbeschlagnahmegesetzes nicht"[101]). Dem ist aber entgegenzuhalten, daß das Lohnbeschlagnahmegesetz den Arbeitnehmer vor übermäßigen Lohnbeeinträchtigungen schützen will; dieses Schutzes bedarf der Arbeitnehmer gegenüber allen Gläubigern in gleicher Weise. Das Gesetz will dem Arbeitgeber, falls er gleichzeitig auch Gläubiger

93) nach der Eventuallohnabrede.
94) nach der Hauptlohnabrede.
95) Oertmann, Arbeitslohn S. 130; s. Grub a. a. O.
96) Grub a. a. O.
97) Lehrbuch I S. 215.
98) Bensh. III (LAG) S. 21 ff.
99) vom 17. 5. 02 a. a. O.
100) vom 6. 10. 04 Gew.Arch. V. S. 119.
101) So GG. Frankfurt a. a. O.

des Arbeitnehmers ist, keine Besserstellung gegenüber sonstigen Gläubigern verleihen[102]). Ferner ist § 2 Abs. 2 LBG. eine selbständige Bestimmung und von § 1 unabhängig; gemeinsam ist beiden Bestimmungen nur die Höhe des Betrages, der nach § 1 gepfändet und über den nach § 2 verfügt werden kann.

Wie schon bei der Erörterung des Verhältnisses zwischen der Lohnverwirkungsklausel und § 394 BGB. (siehe oben Seite 57), so ist auch an dieser Stelle noch auf die Sonderregelung der Lohnverwirkungsklausel in § 134 GO. einzugehen, und das Verhältnis dieser Bestimmung zum Lohnbeschlagnahmegesetz zu prüfen. — Aus formalen Gründen wird mehrfach die Ansicht vertreten, daß § 134 GO., der für bestimmte Betriebe und Arbeitnehmer die Vereinbarung einer Lohnverwirkung für den Fall rechtwidriger Auflösung des Arbeitsverhältnisses über die Höhe des durchschnittlichen Wochenlohnes hinaus untersagt, als Ausnahmebstimmung nicht unter die einschränkenden Bestimmungen des Lohnbeschlagnahmegesetzes falle; allen anderen, d. h. nicht im Rahmen des § 134 GO. abgeschlossenen Lohnverwirkungsabreden gegenüber, z. B. wenn für den Fall der Beschädigung von Werkzeug oder Material eine Lohnverwirkung vorgesehen sei, bleibe es dagegen bei den Bestimmungen des Lohnbeschlagnahmegesetzes. Dieser Standpunkt wird damit begründet, daß § 134 GO. im Verhältnis zum Lohnbeschlagnahmegesetz als lex specialis anzusehen sei und deshalb vorgehe; so Naumann[103]), Mundry[104]), und von Rohrscheidt[105]); ferner hält Titze[106]) § 134 GO. deshalb für eine Ausnahme vom Lohnbeschlagnahmegesetz, weil § 134 GO. von Kontraktbruch spreche (Titze hält anscheinend für einen solchen Kontraktbruch ein vorsätzliches rechtswidriges Verhalten des Arbeitnehmers für erforderlich und ist deshalb der Ansicht, daß § 134 GO. nicht unter die Bestimmungen des Lohnbeschlagnahmegesetzes falle). — Demgegenüber weist aber Sinzheimer[107]), m. E. mit Recht, auf folgendes hin: „Die Gewerbeordnung läßt, wenn sie die Lohnverwirkungsklausel einschränkt, nicht etwa zu, was § 2 Abs. 2 LBG. ausschließen will, sondern die Einschränkung des § 134 GO. gilt nur für diejenigen Fälle, in denen die Lohnverwirkungsabrede rechtliche Wirkung hat, d. h. der Lohn pfändbar ist. Der § 134 GO. könnte nur dann auch für die unpfändbare Lohnforderung gelten, wenn er ausdrücklich die Lohnverwirkungsabrede von der Geltung des Verfügungsverbots nach § 2 Abs. 2 LBG. ausgenommen hätte.

---

102) vgl. Naumann a. a. O.
103) a. a. O.
104) a. a. O.
105) Anm. 2 zu § 134.
106) a. a. O. Anm. 21 S. 832/33.
107) Grundzüge S. 195.

Dies ist nicht geschehen". Derselben Ansicht, daß auch die im Rahmen des § 134 GO. abgeschlossenen Lohnverwirkungsvereinbarungen den Bestimmungen des Lohnbeschlagnahmegesetzes unterliegen, sind ferner Hueck[108]), Oertmann[109]) und Schüler[110]); Hueck mißt allerdings dieser Frage keine große Bedeutung bei, da gerade die rechtswidrige Vertragsauflösung des § 134 GO. meist eine vorsätzliche Handlung des Arbeitnehmers darstellen werde und dann die Beschränkung des Lohnbeschlagnahmegesetzes ohnehin nicht in Betracht komme. — Ich halte diese letzte Ansicht für zutreffend, vor allem auch aus dem schon oben (S. 57) in ähnlichem Zusammenhange erwähnten Grunde, weil alle Beschränkungen, denen die Vereinbarung von Lohnverwirkungen allgemein unterworfen ist, auch für den Sonderfall der Abrede im § 134 GO. zu gelten haben. Eine andere Entscheidung würde dem Zwecke des § 134 GO. zuwiderlaufen: § 134 GO. soll im Interesse des Arbeitnehmers die Vereinbarung von Lohnverwirkungen einschränken; mit diesem Zwecke ist die Annahme, daß alle im Rahmen des § 134 GO. vereinbarten Lohnverwirkungen nicht unter das Lohnbeschlagnahmegesetz fallen, unvereinbar. Denn auch das Lohnbeschlagnahmegesetz dient dem Schutz des Arbeitnehmers und umfaßt auch alle sonstigen Lohnverwirkungsabreden.

Abschließend ist zu dem Verhältnis zwischen einer Lohnverwirkungsklausel und den gesetzlichen Lohnsicherungsbestimmungen, insbesondere des Lohnbeschlagnahmegesetzes, folgendes hervorzuheben: Wie bei Bestehen eines Tarifvertrages die vertragliche Lohnverwirkung ihre Grenze am Tariflohn findet (vgl. oben S. 54), so ist, welcher Konstruktion von dem Rechtscharakter der Lohnverwirkungsklausel man auch folgen mag, die Lohnverwirkungsklausel gegenüber dem Lohnbeschlagnahmegesetz nur insoweit für wirksam zu erachten, als sie sich auf den pfändbaren Teil des Lohnes bezieht. Ist also einerseits eine Lohnverwirkungsklausel überall dort illusorisch, wo dem Arbeitnehmer nur der Tariflohn zusteht, so ist sie andererseits, abgesehen von der Ausnahme bei vorsätzlichem rechtswidrigen Handeln des Arbeitnehmers, stets da bedeutungslos, wo der Lohn die gesetzliche Unpfändbarkeitsgrenze nicht übersteigt. Die hier vertretene Ansicht schränkt also die praktischen Erfolgsmöglichkeiten der Lohnverwirkungsklausel insofern um ein Erhebliches ein, als im allgemeinen dem Arbeitnehmer nicht mehr als der Tariflohn zusteht und von einem die Unpfändbarkeitsgrenze erheblich übersteigenden Lohn bei der großen Masse der Arbeitnehmer nicht die Rede sein kann.

---

108) Lehrbuch I S. 216.
109) Lohnbeschlagnahme S. 58.
110) a. a. O.

III. Die Lohnverwirkung im Prozeß.

Bei der Frage nach der Stellung der Lohnverwirkung im Prozeß ist zu unterscheiden, ob im einzelnen Falle der Arbeitgeber, gegen den der Arbeitnehmer auf Zahlung des ihm angeblich zustehenden Lohnes klagt, sich darauf beruft, daß der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben durch „gegensätzliches Verhalten" seinen Tariflohnanspruch verwirkt habe, oder ob er geltend macht, daß auf Grund einer zwischen den Parteien bestehenden Lohnverwirkungsklausel und vermöge des Eintritts des Verwirkungstatbestandes der Lohnanspruch verwirkt sei.

a) Die Lohnverwirkung durch „gegensätzliches Verhalten".

Die Verwirkung des Tariflohnanspruchs durch „gegensätzliches Verhalten" wird im Wege der exceptio doli generalis geltend gemacht[111]); es handelt sich dabei nicht um eine Einrede im engeren Sinne, sondern um einen Einwand; denn die Verwirkung bedeutet hier, daß die ursprünglich zur Entstehung gelangte Tariflohnforderung durch gegensätzliches, mit Treu und Glauben nicht vereinbares Handeln des Arbeitnehmers wieder erloschen ist. Unterscheidet man bei den Einwänden rechtshindernde und rechtsvernichtende Tatsachen, so bedeutet das Vorbringen der Verwirkung durch „gegensätzliches Verhalten" das Behaupten rechtsvernichtender Tatsachen: der Arbeitgeber macht geltend, daß der vom klagenden Arbeitnehmer erhobene Anspruch zwar ursprünglich entstanden, aber dann wieder untergegangen sei.

Da die Verwirkung durch „gegensätzliches Verhalten" das Vorbringen von Einwandtatsachen bedeutet, so ist sie im Prozeß nicht nur dann zu berücksichtigen, wenn sie von dem beklagten Arbeitgeber, der aus ihr eine für ihn vorteilhafte Rechtslage herleitet, geltend gemacht wird, sondern von Amts wegen, d. h. auch dann, wenn das Vorliegen der sie begründenden Tatsachen sich aus dem Vorbringen des klagenden Arbeitnehmers ergibt.

Die Beweislast für die das „gegensätzliche Verhalten" des Arbeitnehmers begründenden Tatsachen trägt der beklagte Arbeitgeber.

Wenn der klagende Arbeitnehmer gegenüber dem Einwand der Verwirkung etwa geltend machen will, er habe den untertariflichen Lohn nur deshalb widerspruchslos angenommen, weil er zur Zeit der Lohnzahlung unter wirtschaftlichem Druck des Arbeitgebers gestanden habe, so trifft i h n — den Arbeitnehmer — hierfür die Beweislast. Denn er macht Tatsachen geltend, die, wenn sie vorliegen, ausnahmsweise eine Verwirkung des Lohnanspruchs hintan-

111) vgl. H u e c k Anm. zu Bensh. S. III (RAG) S. 58 ff.; R i e z l e r S. 132/33; RGZ 108, 110.

gehalten haben würden, m. a. W., er macht seinerseits rechtshindernde Einwandtatsachen geltend. — Die von Sinzheimer[112]) und Sitzler-Goldschmidt[113]) für den entsprechenden Fall bei der Verzichtskonstruktion aufgestellte Behauptung, daß hier prima facie vermutet werden müsse, daß die vorbehaltlose Annahme des untertariflichen Lohnes unter wirtschaftlichem Druck des Arbeitgebers auf den Arbeitnehmer erfolgt sei, und daß also der Arbeitgeber zu beweisen habe, daß die vorbehaltlose Annahme seitens des Arbeitnehmers aus freien Stücken erfolgt sei, ist m. E. nicht gerechtfertigt; denn daß ein Arbeitnehmer unter dem Einfluß eines vom Arbeitgeber ausgeübten Zwanges untertariflichen Lohn ohne Widerspruch annimmt, entspricht nicht derart der Regel, daß eine dahingehende Vermutung ein für alle Mal aufgestellt werden könnte.

b) Die Lohnverwirkung auf Grund einer Lohnverwirkungsklausel.

Wenn der beklagte Arbeitgeber gegenüber der Lohnklage des Arbeitnehmers geltend macht, der Lohnanspruch des letzteren sei ganz oder zum Teil verwirkt, da zwischen den Parteien eine Lohnverwirkungsvereinbarung abgeschlossen und der in derselben vorgesehene Verwirkungstatbestand eingetreten sei, so liegt auch darin das Vorbringen eines Einwandes; denn der beklagte Arbeitgeber bestreitet nicht die vom klagenden Arbeitnehmer vorgebrachten klagebegründenden Tatsachen, nämlich den Abschluß des Arbeitsvertrags, die Leistung der Arbeit und die Fälligkeit der Lohnforderung, sondern er macht geltend, daß der Klageanspruch vermöge des Abschlusses einer Verwirkungsvereinbarung und des Eintritts des Verwirkungstatbestandes nicht bestehe.

Ob dieser Einwand der Verwirkung auf Grund einer Lohnverwirkungsklausel ein rechtshindernder oder ein rechtsvernichtender Einwand ist, d. h. ob Tatsachen geltend gemacht werden, die, wenn sie vorliegen, die Entstehung des Klageanspruchs verhindert haben würden, oder aber ob Tatsachen vorgebracht werden, die zeitlich nach der Entstehung des Klageanspruchs liegen, und den bereits entstandenen wieder zum Erlöschen gebracht haben, diese Frage ist im Anschluß an die verschiedenen Konstruktionen von dem Rechtscharakter der Lohnverwirkungsklausel zu prüfen.

1. Nach den Konstruktionen des bedingten Aufrechnungs- und des bedingten Erlaßvertrags bedeutet der Einwand der Lohnverwirkung auf Grund der Klausel das Vorbringen einer rechtsvernichtenden Tatsache. Denn hier wird geltend gemacht, daß mit Eintritt des Verwirkungstatbestandes der Erlaß bzw. die Aufrechnung wirk-

112) Grundzüge S. 264.
113) a. a. O. S. 37.

sam geworden und damit der zunächst in voller Höhe entstandene Lohnanspruch des klagenden Arbeitnehmers nachträglich ganz oder teilweise wieder untergegangen sei.

2. Bei der Konstruktion der doppelten Lohnabrede kann es zweifelhaft sein, ob die Geltendmachung der Lohnverwirkung auf Grund der Klausel das Vorbringen eines rechtshindernden oder eines rechtsvernichtenden Einwandes bedeutet. — Einmal wird nämlich hier geltend gemacht, daß mit Eintritt des Verwirkungstatbestandes die zweite, geringere Lohnabrede Platz gegriffen habe, und daß diese den darüber hinausgehenden Klageanspruch des Arbeitnehmers nicht zur Entstehung habe gelangen lassen; danach könnte es scheinen, also ob es sich um das Vorbringen einer rechtshindernden Tatsache handele. — Tatsächlich macht aber der klagende Arbeitgeber geltend, er habe den ursprünglichen, höheren Lohn nur auflösend bedingt versprochen; die Bedingung (der Verwirkungstatbestand) sei eingetreten, und infolgedessen die ursprüngliche Lohnvereinbarung und gleichzeitig der auf ihr beruhende höhere Lohnanspruch nachträglich wieder hinfällig geworden. Danach handelt es sich also um das Vorbringen einer rechtsvernichtenden Tatsache.

Vermöge ihrer Eigenschaft als Einwand muß die Lohnverwirkung auf Grund einer Lohnverwirkungsklausel von Amts wegen berücksichtigt werden, also nicht nur dann, wenn der beklagte Arbeitgeber sich auf sie beruft, sondern auch dann, wenn ihr etwaiges Vorliegen sich aus dem Vorbringen des klagenden Arbeitnehmers ergibt. In jedem Falle hat aber der beklagte Arbeitgeber erforderlichenfalls zu beweisen, daß zwischen ihm und dem Kläger eine Lohnverwirkungsklausel des betreffenden Inhalts abgeschlossen und daß der in ihr vorgesehene Verwirkungstatbestand eingetreten ist.

C) Die Lohnverwirkung im Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes.

Der vom Arbeitsrechtsauschuß beim Reichsarbeitsministerium ausgearbeitete „Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes" enthält in § 87 Abs.1 bezüglich der Lohnverwirkung folgende Bestimmung: „Soweit der Entgeltsanspruch unpfändbar ist, kann er... nicht verwirkt ... werden". Damit wird endgültig die Streitfrage, ob eine Verwirkung auch hinsichtlich des unpfändbaren Lohnanteiles möglich ist bezw. wirksam vereinbart werden kann, in verneinendem Sinne beantwortet. Die Beseitigung dieser Streitfrage ist zu begrüßen. Hueck[114]) ist der Ansicht, daß nunmehr neben dieser allgemeinen Vorschrift die besonderen Bestimmungen in § 134 GO., wenn sie auch im einzelnen noch über § 87 des Entwurfs hinausgehen, nicht mehr erforderlich sind und deshalb im Entwurf mit Recht nicht mehr zugelassen sind.

§ 87 Abs. 2 des Entwurfs macht ferner im Anschluß an die schon mehrfach genannte Reichsgerichtsentscheidung in RGZ. 85, 116 ff. von dem Verbot der Aufrechnung und Zurückbehaltung gegenüber dem unpfändbaren Lohnteil eine Ausnahme, sofern der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber durch vorsätzliche unerlaubte Handlung einen Schaden zugefügt hat, für den der Arbeitgeber auf diesem Wege Ersatz verlangen will. Der Entwurf unterläßt es dagegen, für die Verwirkungsbeschränkung eine entsprechende Ausnahme zuzulassen, läßt also die Vereinbarung einer Lohnverwirkung auch für den Fall vorsätzlich unerlaubten Handelns des Arbeitnehmers nur für den pfändungsfreien Teil des Arbeitslohnes zu. Nach dem im vorstehenden zu dem Verhältnis zwischen dem Lohnbeschlagnahmegesetz und einer Lohnverwirkungsklausel Gesagten wäre es m. E. angebracht, auch für die vertragliche Verwirkung von Lohn eine entsprechende Ausnahmebestimmung aufzustellen.

114) Molitor-Hueck-Riezler S. 164/65.

Lebenslauf.

Am 8. Mai 1907 wurde ich zu Ramsbeck i. W. (Kreis Meschede) als Sohn des Arztes Dr.med. Eugen Szymanski und seiner Frau Margarete geb. Förster geboren. Von 1916 bis 1925 besuchte ich das Hindenburg-Gymnasium zu Buer i. W. Nachdem ich Ostern 1925 das Reifezeugnis erhalten hatte, studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten Münster, Freiburg und Marburg. Am 28. und 30. Januar 1929 bestand ich bei dem Oberlandesgericht in Hamm das Referendarexamen und am 25. Juli 1931 in Marburg die mündliche Doktorprüfung. Augenblicklich bin ich als Referendar im Landgerichtsbezirk Essen beschäftigt.